HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
ET
ANTECESSORIS
OPERA OMNIA
Tomus Nonus
ET
COMMENTARIORUM
IN CODICEM
JUSTINIANI
Volumen Tertium.

Accedunt Castigationes Theologicæ.

MACERATAE MDCCCXXXII.
EX OFFICINA BENEDICTI q. ANTONII CORTESI.

SUMPTIBUS EDITORUM
Superiorum Permissu.

ELENCHUS

LEGUM OMNIUM

CODICIS JUSTINIANI

IN HOC VOLUMINE EXPLICATARUM

Secundum Librorum et Titulorum seriem dispositus.

2 *Si*

Tit. 33.

2 *Quo-*

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENTARIA
IN CODICEM
JUSTINIANI.

AD TITULUM XXIII. LIB. VI. COD. DE TESTAMENTIS, ET QUEMADMODUM TESTAMENTA ORDINENTUR.

SUMMARIA.

1. *Testamenti etymologia vulgaris reprehenditur, et vera inquiritur.*
2. *Testamenti definitio: et definitionis uberior explicatio. per tot.*
3. *Codicilli et testamentum quid differant, et num. seqq.*
4. *Justum quot modis dicatur quid.*
5. *Testamentum quando effectum suum nanciscatur.*
6. *Error quorundam interpretum in* L. qui duos, D. de manum. testam.
7. *Testamenti factio sit ne juris gentium an civilis.*

1 TEstamentum † Justinianus ab eo describit, quia sit testatio mentis. *Inst. de testam. ord. in princ.* Recte Justinianus. Constat enim testamentum dictum esse a testando. Revera autem non potest esse testatio, nisi mentis. Reprehenditur tamen hæc etymologia a Valla *Lib.* 6. *Eleg. Cap.* 31. Quod in testamento nihil sit *mentum*, nisi productio vocabuli, nec magis compositione hujus verbi insit mens, quam in illis similibus, in quibus est eadem analogia, *tegumentum, ornamentum, additamentum, etc.* in quibus omnibus mentem non inesse constat. Et recte reprehenderetur Justinianus, si diceret testamentum verbum compositum esse ex testatione et mente. Itaque recte notatus est Servius Sulpitius ab Gellio, *Lib.* 6. *Cap.* 12. qui ex his duobus verbis compositum esse dicebat. Nunc autem Justinianus hoc non dicit, sed tantum dicit testamentum appellatum esse a testatione, addit *mentis*, non quod mens in verbo esset, seu in compositione verbi: sed quod est in re, quoniam, ut jam dixi, si est testatio, non potest esse testatio, nisi mentis, ut mentem intelligi oporteret, etiamsi non exprimeretur. Adjecit igitur, ut magis ostenderet, qualis esset hæc testatio.

Sed cum infinitæ testationes mentis sint, cur proprie ea testatio mentis, quæ est de eo, quod post mortem fieri volumus, dicitur testamentum? Resp. Hoc verbum testamenti, et supremæ voluntatis factum esse propter testationis excellentiam, quia et hæc testatio suprema esset, et multa præter cæteras testationes exigeret ac testandam supremam voluntatem. Sic et monumentum, cum a monendo dictum sit, proprie tamen usurpatur de sepulcris. L. *monumentum, D. de relig. et sumpt. funer.* Sed hæc etymologia ostendit, cur ita dictum sit testamentum, non autem quid sit. Multæ enim testationes esse possunt, quæ non sunt testamenta. Videndum est ergo aliunde, quid sit.

Definitio traditur *in* L. 1. *de testam. et qui test. fac. poss.* Est autem hæc: Testamentum † est nostræ voluntatis justa sen- 2
tentia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Dicitur sententia. Est autem sententia, quod quis re cognita et deliberata judicio statuit, unde *sententia judicum.* Hoc verbum optime testamento tribuitur: nullum enim

enim est testamentum sine judicio. Unde supremæ voluntates proprio nomine suprema judicia appellantur. L. 4. *sup. tit. præced. L. vel negare, D. quemadmodum test. aper.* L. 1. *sup. de sacros. eccles.* Ideo spectat, ut intelligamus nullum testamentum esse posse, quorum de re certum judicium non est, §. *præterea, Inst. quib. mod. non est per. fac. test. L. qui testamento, D. h. t. de test. et qui test. fac. possunt.*

Adjicitur *voluntatis nostræ,* otiose ut videtur, quia non sit sententia, nisi in qua voluntas sit, nec sit voluntas, nisi de eo, quod sentimus. Unde videntur sæpe hæc usurpari pro eodem in testamentis, judicium, et voluntas suprema, L. *captatorias, D. de hered. instit. d. L.* 1. *sup. de sacrosanct. eccles.* Sed hic nihil otiosum: Nam sententia duplex est, quædam solius judicii nostri, quædam voluntatis nostræ. Judicii nostri sententia est, cum dicimus, quid existimemus fieri debere, nec longius progredimur, ut etiam jubeamus, aut fieri velimus. Hæc sententia testamentum non est, ut puta: Testator testamento ita scripsit: *Municeps recte faciet, si in eo loco ædes publicas ædificaverit.* Hic nihil debetur municipibus ex eo testamento, quia sit hæc tantum sententia judicii testatoris, non autem voluntatis testatoris.

Sententia voluntatis nostræ est, cum dicimus quid fieri velimus, ut *Lucius Titius heres esto: Stichus servus meus liber esto. Fundum Tusculanum Sticho do lego: Heres meus Titio* 100. *dato.* Hæ solæ sententiæ voluntatis nostræ testamenta sunt, non aliæ, in quibus testator judicium suum tantum exponit, nihil autem fieri jubet, aut vult. Idque ita demonstratur. Nam testamentariæ voluntates solæ ratæ sunt, quæ lege confirmantur, *L. lege obvenire,* 130. *de verb. signific.* Solum autem illæ confirmantur, quibus quis legassit suæ rei, L. *verbis legis, de verb. signific.* legassit, pro legaverit, antiquo verbo, idest, reliquerit legis modo, sive imperative, ut ostenderet se fieri velle, actore Ulpiano *in frag. Instit. tit. de legat. in prin.* Nullæ igitur voluntates testamentariæ aliæ confirmantur, quam quibus testator voluit. Hinc intelligimus testamentum duabus iis rebus constare debere, sententia nimirum, seu judicio, et præterea voluntate.

Sed multis in rebus sententia voluntatis nostræ esse potest, in quibus non est testamentum, additur igitur *Justa,* quod differentiæ caussa additum est, ut separarentur codicilli a testamentis. Nam † codicilli sunt volun- 3
tatis nostræ sententia, et de eo quidem, quod post mortem fieri volumus, attamen testamentum non sunt, L. *si idem codicilli, infr. de codicill.* Qua igitur nota id intelligimus? Hac nota, quia justa sententia non sunt, ut justam nunc intelligimus: Testamentum autem est sententia voluntatis nostræ de eo, quod post mortem nostram fieri volumus, et hoc amplius justa. At vero codicilli an non suo genere justi sunt? nam non minus jure valent, quam testamentum, *titul. de codicill. Inst. in princ.* L. *ult. in fin. infr. de codicill.* Respondeo: Non ideo justi sunt codicilli, ut justam sententiam hic intelligere debemus.

Justum † dicitur maxime tribus modis. 4
Primo, Justum est, quod ex lege est, ut justa actio, quæ lege datur, *tit. de except. in princ. in Instit.* Justa hereditas, quæ defertur lege. L. 3. §. 1. *D. pro socio.* Secundo, Justum etiam est usitate in actionibus hominum, quod fit secundum leges, et præscriptum earum, ut justæ nuptiæ, *Instit. de nupt. in princ.* quo sensu dicta est justa uxor, quæ ducta est solemni et justo ritu, injusta, quæ eo modo ducta non est. *L. si uxor,* D. *ad L. Jul. de adult.* Tertio, dicitur etiam justum, quod plenum est, et perfectum, ut justa ætas, justa magnitudo, L. *cum filiofamilias,* §. *ult. de legat.* 3. Significatio ex priore ducta per translationem: ea enim in suo genere perfecta sunt, quæ constat iis rebus omnibus, quas lex earum rerum desiderat.

Quid ex iis conveniat huic loco, videndum est. Nam in ambiguo sermone non omnia dicimus, quæ verbo significantur; L. *in ambiguo, D. de rebus dub.* sed id solum, quod volumus, et velle quisque scriptor intelligitur: id quod rei, et instituto convenit, idest, quod vitio caret, L. *in ambigua, D. de legib.* Ergo hic justam sententiam non intelligimus, quæ ex lege est, testamentum enim proficiscitur a testatore, non a lege. Non intelligimus etiam sententiam plenam: quia fieri potest, ut codicilli sint de rebus omnibus, de quibus testari volumus, quia nihil amplius velimus, quam quod iis cautum sit: fieri etiam potest, ut in codicillis caveamus de rebus nostris omnibus, puta heredem instituendo, et tamen non erit justa sententia, nec valebit, quia est contra leges, quæ vetant codicillis heredem institui, §. *penult. Institut. de codicill.* Restat igitur, ut justam interpretemur hic dici usitate eam, quæ est secundum præcepta, et præscriptum

le-

legum, quæ sunt de supremis voluntatibus.

Hæc præcepta inter cætera duo desiderantur in testamento, quibus maxime distinguitur a codicillis. I. Desiderantur solemnia juris, sine quibus injustum testamentum est. L. 1. *D. de injust. rupt.* At codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant, §. *ult. Instit. de codicill.* Præterea in his, quæ caventur testamento à testatore, primum exigitur, ut testator heredem instituat. Heredis institutio caput est et fundamentum, §. *ante heredis*, *Instit. de legat.* Ideo sine institutione heredis testamentum non valet. L. *ult. D. de jur. codic.* L. 3. vers. *Calpurnius*, *D. de iis, quæ in test. del.* §. *in primis*, *Instit. de fideicom. her.* At codicilli, ut jam dixi, non admittunt heredis institutionem. Hoc sensu non tantum distinguitur testamentum a codicillis, sed etiam id statuitur, quod maxime est proprium testamenti, scilicet heredis institutio. Quamobrem hac definitione non adjiciemus cum Accursio, cum heredis institutione: nam qui justam sententiam dixit, is heredis institutionem satis quoque dixit.

Sed adhuc manet prior objectio, dixerit aliquis: *Nam et Codicilli secundum præcepta legum fiunt.* Jam respondi non fieri, quod ex supra dictis apparet. At justi sunt, qui a jure admittuntur, ut est *in pr. de codicill. in Institut.* Respondeo, aliud est jure codicillos admitti, aliud est justos esse secundum præcepta juris. Revera secundum jus non sunt, si quis jus civile spectat, quod est de supremis voluntatibus, sed nihilominus pro justis habentur utilitatis caussa, ut dicitur in *d. tit. de codicill.* Et ob hanc caussam pro justis admittuntur.

Sed nondum satis, ut efficiatur id quod sit proprium testamenti. Nam justa sententia voluntatis nostræ multis aliis rebus convenit, quam testamento; convenit donationibus inter vivos propter nuptias, et omnibus omnino contractibus, quæ tamen omnia omnino non sunt testamenta, neque pars testamenti, L. *verba*, *contraxerunt*, *D. de verb. signifi.* Ob hanc caussam additum est in definitione, quod sequitur, *de eo, quod post mortem suam fieri velit*, quibus verbis distinguuntur superiora a testamentis. Nam donationes sunt voluntatis nostræ sententia de eo, quod nobis viventibus fieri volumus. Similiter et donationes caussa mortis. Nam in hoc genere præsens præsenti dat, L. *inter*, *D. de donatio. causs. mort.* Eodem modo et contractus maxima ex parte. Sed hic occurritur, quasi iis verbis multi contractus etiam contineantur, qui tamen non sunt testamenta. Nam recte stipulor aliquid mihi dari post mortem meam; recte tu promittis dari post mortem tuam, utrobique enim stipulatio valet, et actio ab heredibus et contra heredes incipit, §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip. L. un.* supr. *ut act. de hered. et contr. hered. incipit.* Et tamen in iis stipulationibus est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod post mortem fieri volumus, quare videbitur hæc definitio iis convenire.

Sed non ita est. Non enim dixit Modestinus: *testamentum esse justam sententiam de eo quod post mortem nostram fieri volumus*, sed *de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* Quis ἐμφατικῶς, ut sit, *quis nostrum, et solus fieri velit*, quo verbo satis testamentum a superioribus stipulationibus separatur. Nam superiores stipulationes habent sententiam voluntatis nostræ, sed de eo, quod duo pluresve post mortem suam fieri volunt, quia nullus est contractus sine conventione, L. 1. §. 1. D. *de pact.* Conventio autem omnis est duorum pluriumve consensus. *d.* L. 1. At testamentum est voluntatis nostræ sententia de eo quod unus tantum nostrum post mortem suam fieri velit. Et ideo cum recte potuisset Modestinus dicere: *Sententia voluntatis nostræ de eo, quod post mortem nostram fieri volumus*, ut in eodem numero plurali perseveraret, magno ingenio a plurali ad singularem transit, ut id significaret, quod diximus. Atque utrumque recte sit salva proprietate sermonis. Nihil enim interest, utrum dicam, *de eo, quod singuli volumus*, an vero, *de eo, quod quisque nostrum velit.*

Ex iis autem verbis postremis colligimus, etiamsi testamentum a vivente fit, et ab initio recte ordinatur, non tamen prius confirmari, quam testator mortuus sit. Unde dicitur † testamentum tempore mortis testatoris 5
effectum habere, L. *si alienum*, §. 1. *D. de hered. instit.* §. *in extraneis*, Instit. *de hered. qual. et diff.* Ex quo illud Apostoli, cap. 9. ad Hebr. *ut testamentum valeat, necesse est intervenire mortem testatoris.* Iis consequens, quidquid testator dat legat testamento suo, eo vivo deberi non posse. Et ideo errant, qui contra interpretantur L. *qui duos*, *D. de manum. test.* Testator † 6
duobus heredibus institutis jussit Stichum servum suum liberum esse post mortem unius certi ex heredibus. Is heres mortuus est vivo adhuc testatore, et ita conditio libertatis exstitit, illic ita scriptum est: *Sabinus ait, liberum futurum.* Hoc quidem sic accipiendum,

dum, liberum futurum statim, et vivo testatore, favore libertatis. Non recte: nam ut dixi, non est testamentum, nisi de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, et quod dicitur simpliciter liberum futurum, sic accipiendum est, sub tempore, et cum conditio testamenti exstiterit. In omni autem testamento hæc tacita conditio inest, *si testator mortuus erit.*

Iisdem verbis consequens est, quæ a defuncto capitur hereditas, eam tunc capi, cum defunctus dominus esse desiit. Unde
7 quæsitum est, an † testamenti factio, seu relinquere aliquid licere post mortem nostram sit ne jurisgentium, an juris civilis? Neque inutiliter id quæritur propter deportatos, quibus tribuuntur ea, quæ sunt jurisgentium, non etiam ea, quæ sunt juris civilis, *L. sunt quidam, D. de pœn.* Et prima ratione occurrit, cur non videatur testamenti factio esse juris gentium, sed tantum auctoritatem et confirmationem habere a jure civili. Primum, ut dixi, testator post mortem suam dominus esse desinit, non enim potest esse ejus, qui omnino dominus non est. Porro secundum regulam jurisgentium et naturæ, nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet. L. *nemo plus, D. de reg. jur. L. traditio, D. de acquir. rer. dom.* Nec ad rem pertinet, quod testator moriens adhuc dominus est rerum suarum, nam confert alienationem in id tempus, cum mortuus erit. Nihil autem interest, utrum quid non faciat, idoneo tempore, an vero conferatur in tempus non idoneum. L. 4. *sup. de donat. aut nupt.* Deinde hereditas mortuo testatore nondum adita nullius est in bonis. *L. 1. D. de rer. divis.* Secundum autem regulam jurisgentium, quod antea nullius est, occupanti concedi debet, *L. 3. D. de acquir. rer. dom.* Hinc factum videri potest, ut testamentariæ hereditates confirmarentur lege, *d.* L. *lege obvenire, de verb. sign.*

Sed exempla omnium gentium et populorum, apud quos testamenta recepta sunt, a principio rationem naturalem habere probant. Et vero hæc certa est ratio naturæ, qua supremæ voluntates ditantur, quod nihil tam naturale sit, quam voluntatem domini rem suam transferendis in alium ratam haberi. §. *per traditionem, Inst. de rer. divis.* Et si in cæteris voluntatibus inter vivos hoc recipitur, multo magis supremæ voluntati tribui debuit, postquam aliud velle non possumus, ut bene scriptum, in L. 1. *sup. de sacrosanct. eccles.* Ad hæc testator moriens adhuc dominus est. Recte igitur eo tempore habendi potestatem in alium transfert. Non obstat, quod dicitur: neminem plus juris in alium transferre posse, etc. Non enim potest tradendo. At testator de suis rebus testamento cavens eas non tradit heredi, sed relinquit: recte relinquit, qui eo tempore dominus fuit, nec hoc relictum confertur in tempus minus idoneum.

Quod autem dicitur, quod antea nullius est, occupanti concedi, de iis rebus dicitur, quæ plane nullius sunt, idest, quæ nec re ipsa sunt cujusquam, nec destinatione alterius, quales sunt feræ bestiæ, volucres, pisces, et omnia, quæ cœlo, terra, mari capiuntur, *L. 1. 2. et 3. de acqu. rer. dom.* In hoc autem numero non est hereditas. Hæc dicitur esse nullius in bonis, quia in præsentia re et commodo nullius adhuc in bonis est, sed destinatione est heredum. Destinata est enim aut heredibus scriptis a defuncto, qui destinandi jus habuit, ut heredibus legitimis a lege, quæ non minus rerum nostrarum domina est, ut declarant definitiones legis in L. 2. *D. de legib.* Et quod dicitur testamentarias hereditates lege confirmari, potius argumentum debet esse, jus transferendæ hereditatis aliud juris esse, quam civilis. Nam quæ nascuntur ex jure civili, dicuntur jure civili introduci. *L. ex hoc jure, D. de just. et jur.* Quæ autem confirmantur, ea etiam necesse est prius fuisse. Sic etiam juris gentium conventiones juregentium obligationem pariunt, *d.* L. *hoc jure.* et tamen nihilominus eædem ex jure civili confirmantur, unde etiam civiles et legitimæ dicuntur. §. 1. *Inst. de oblig.* §. *sed istæ. Inst. de act.* Quare potestas de rebus suis post mortem statuendi maxime jurisgentium est, eoque ad deportatos etiam pertinet.

Plane in hac facultate testandi sunt quædam ex jure civili nata, ut sunt testes septem, subscriptiones testium et signa, sine quibus etiam placuit heredem institui non posse in testamento scripto. Quæ res facit, ut nec deportati heredem instituere possint, ut nec testamentum facere possunt. Sed si pater deportatus testamentum faciet inter liberos, aut si codicillis fideicommissum relinquit, utraque voluntas admittenda est, nam imperfectum testamentum admissum est inter liberos, L. *hac consultiss.* §. *ex imperfecto, infr. h. tit.* codicilli nullam ordinationis solemnitatem desiderant, §. *ult. Instit. de codicill.*

Hac definitione exposita, ut intelligatur, et quis sit usus ejus definitionis, et quid deinde agatur hoc titulo toto, meminisse opor-

tet ejus, quod dictum initio tituli superioris. Id autem est: testamento ut hereditatem nobis acquiri, si prius testamento delata sit, ita deferri, si et testamentum erit, et id jure valebit. An sit testamentum, ex definitione intelligi potest; huc superior definitio referri debet. An valeat, ex tribus rebus spectandum est, persona testantis, testandi modo, et iis, quæ testamento continentur. De personis superiori titulo dictum, sequens locus est hujus tituli proprius, quomodo testamenta ordinentur. De hoc modo testamentorum ordinandorum comprehensum est diligenter in L. *hac consultissima*, *infr. hoc tit.* ubi dicetur.

Ad L. Testes servi. 1.

Imp. Hadrianus A. Catonio Vero.

Testes servi, an liberi fuerint, non in hac caussa tractari oportet: cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit. Sine die et consule.

SUMMARIA.

1. *Servus quando in testamento testis esse possit.*
2. *Cur, si servus pro libero habeatur, non tamen sit, testis esse possit in testamento.*
3. *Quæ constituti hic juris ratio.*
4. *Contrariis occurritur.*

1 Servus † testamento testis adhiberi non potest, *L. qui testamento*, §. *servus*, *D. h. t.* §. *testes*, *Instit. h. t.* Sed hoc ita, si constet servum fuisse tempore testamenti. Quod si tunc pro libero omnium consensu habitus est, constitutum est, eum tam recte adhiberi, quam si liber fuisset. §. *sed cum aliquis*, *in Instit. h. t.* Hinc est, quod hoc rescripto dicitur, in hac caussa quærendum non esse, utrum testes liberi sint, an servi. Sensus est in hac caussa, idest, cum quæritur in conditione testis, an recte adhibitus sit, nec ne, non est quærendum, utrum liber sit, an servus, quoniam sive liber sit, sive servus, adhiberi potest, si modo omnium consensu pro libero habeatur. Et ideo hoc quærendum est, an talis habeatur, nec ne?

2 Quæsitum est, † quamobrem hoc ita sit constitutum de servo, cum aliorum consensus eum liberum non faciat. Primum, quia nolunt liberum esse, qui errant. Error enim non habet consensum, *L. si per errorem*, *D. de jurisdict.* L. 2. *de judic.* Deinde, quia etsi liberum esse vellent, tamen liberum facere non possunt, quia domini non fuerunt. Vulgo redditur hæc ratio hujus juris, quia error communis jus faciat, sumpta *ex* L. 3. *D. de supell. leg.* sed nihil ad hunc locum pertinet. Nam nec error communis populi jus facit, cum universus populus vult, in quo errat. Et præterea etiamsi admonitus populus id vellet, et posset jus statuere, in quo errat, ut cum populus creat prætorem servum, quem liberum putabat, in exemplo, *L. Barbarius*, D. *de off. prætor.* Item cum populus habet in numero suppellectilis vasa argentea et aurea, quod est exemplum *d. L.* 3. *de suppell. leg.* Nihil horum est, cum servus testis adhibitus omnium aliorum testium consensu habetur liber: non enim habetur ideo liber ab universo populo. Et præterea si hi, qui putant eum liberum, admoniti essent servum esse, non ideo propter testamentum alterius liberum eum esse vellent, nec si vellent, possent facere liberum. Non ergo cæterorum consensus hoc jus facit. Idque ex eo apparet, quod hoc jus introductum est Constitutionibus Imperatorum, ut constat ex *d.* §. *sed cum aliquis*, *Instit. h. t.*

Sed quæ est hujus † juris constituti ratio? Est in promptu, ne videlicet justa ignorantia testatori noceat, cui in aliis caussis omnibus et subveniri solet, ac proinde multo magis subveniendum fuit in testamento. Huc per- 3

pertinet *L. de ætate*, *§. ex caussa*, *D. de interrogat.* L. 3. *in pr. D. de Senatuscon-sult. Macedon. §. recte*, *Institut. mandat.*
4 Sed frustra dixerit † aliquis, servum testamento utiliter adhiberi: quoniam si de testamento ambigitur, hic servus pro testamento testimonium dicere non potest, si probetur nunc servum esse: servi enim in judicio testimonii distinctionem non habent, *L. quoniam*, *sup. de testib.* Respondeo: Si de testimonio hujus servi quæritur, nihil prodest eum testimonio adhibitum fuisse; si quæritur de testamento, utiliter est adhibitus, et nihilominus testamentum valet, si tempore testamenti pro libero omnium consensu sit habitus. Et ideo, si heredes legitimi oppugnantes testamentum, in quo servus hic testis adhibitus fuit, dicant, nullum testamentum factum esse a defuncto, aut hunc servum testem omnino adhibitum non fuisse, et id probandum sit testibus: sine dubio ad eam rem probandam non dicet testimonium hic servus, et perinde erit in hoc testimonio, quasi adhibitus non fuisset. Sed si iidem heredes legitimi fateantur hunc servum fuisse adhibitum, sed dicant eum non potuisse adhiberi, quia servus esset, hic testamentum citra controversiam valebit. Non obstat, quod servus testimonium dicere non potest. Nam quæ extat quæstio, an testamentum hoc casu valeat, non deciditur servi aut cujuscunque alterius testimonio; deciditur jure certo, quo constitutum est, nihil nocere, talem testem testamento adhiberi, atque de eo solo in hoc rescripto quæritur. Tantum abest itaque, ut cum ita rescriptum interpretamur, divinemus, ut id dicamus, quod est solum hujus rescripti proprium. Quærebatur enim, an testis, de quo agebatur, liber esset, an servus. Apparet ex eo, quod Adrianus respondit, id quærendum non esse: non respondet, nisi de quo quærebatur.

Ad L. Publicati semel. 2.

Imp. Alexander A. Expedito.

Publicati semel testamenti fides, quanvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu qui probatur, intercidit, nihilominus valet. PP. Kalend. Januar. Fusco II. et Dextro Coss.

SUMMARIA.

1. *Publicare testamentum idem est, quod insinuare.*
2. *Insinuatio apud quem fiat.*
3. *Idoneus insinuationis judex quis.*
4. *Publicationis testamenti forma.*
5. *Acta quæ dicantur.*
6. *Insinuare actis quid.*
7. *Acta cur dicantur publica monumenta.*
8. *Testamentum publicatum quod dicatur.*
9. *Describi testamentum et in acta referri quid necesse sit.*
10. *Testamentum pubblicatum an fidem faciat; et quibus conditionibus.*
11. *Contrariis occurritur.*

1 Publicare † testamentum, est insinuare actis. Nam publicare et insinuare pro eodem usurpatur, *L. in hac*, *infr. de donat.* Et quod illic dicitur absolute insinuare, id dicitur insinuare actis *L. in donationib. eod. tit. de donat.*
2 Id † autem fit apud idoneum
3 magistratum, aut judicem. Idoneus fuit † Romæ temporibus posterorum Imperatorum magister census, apud quem res insinuabantur. *L. testamenta*, *L. consulta*, *infr. h. tit. L. in hac*, *et* L. *secundum*, *infr. de donatio.* Si nulli erunt certi magistratus huic muneri propositi in aliqua regione, sufficiet quivis judex etiam delegatus, ut significatur *in* L. *omnium*, *infr. h. tit.* et bene expressum est *in C. ult. extra de fid. instrum.*

Publicatur † autem testamentum hac forma: Magistratus, cui testamentum publicandum oblatum est ab heredibus scriptis, 4
quia testamentum legere debet, ante omnia curandum est testamentum, ut aperiat, si ante clausum fuit. Aperietur autem ea forma, quæ præscribitur *in L.* 4. *D. quemadm. test. aper*, *et L.* 2. *infr. quemad. test. aper.* Deinde aper-

apertum testamentum legetur publice, et pri-
vatim cognoscet ipse, an integrum sit, an nul-
la sui parte vitiatum, ut fideliter sic descri-
batur *d. C. ult. extra*, *de fid. instrum.* Si
integrum esse cognovit, jubebit describi per
officium, seu officiales, seu actuarios suos.
Quod cum factum erit, tum erit explicatum
testamentum publicum, idest tale, quod sit
5 actis insinuatum. Nam † acta per excellentiam
nominis dicuntur scripturæ, quæ apud judi-
cem publice actæ sunt, et dicitur res his
actis insinuari, cum accipitur et comprehen-
ditur res his scripturis, quæ *acta* appellan-
6 tur, ut nihil aliud sit insinuare † actis, quam
referre in acta, ut veteres locuti sunt.

7 Hæc † acta sunt publica monumenta; L.
in donationib. inf. de donat. quo fit, ut quæ
in acta hæc relata sunt, publica esse incipiant.
Dicuntur autem publica duabus de caussis.
Primo, quia per magistratum confecta sunt.
Deinde, quia fidem habent, auctoritatemque
publicam, in eamque rem et publice asser-
vantur, ut inde fidem rei gestæ petere liceat,
cum libet et opus est.

Observandum est autem, cum publicatum
est ita testamentum, ut supra diximus, in-
cipiunt testamenti duæ tabulæ, seu duæ scri-
pturæ esse. Una vetus, ejus materiæ, in qua
primum testamentum a testatore scriptum est.
Altera nova, quæ ejus testamenti exemplum
continet, quam actis insinuatam, et publi-
catam diximus. Prior materia privata manet,
et prius explicatum, et descriptum in actis
8 est id, quod hoc loco appellatur † testamen-
tum publicatum. Dicitur testamentum, quia
continet sententiam voluntatis defuncti, quæ
priori materia scripta est. Hæc autem senten-
tia est testamentum defuncti, non autem ma-
teria, in qua sententia hæc scripta est. Quod
ita esse ex hoc rescripto liquido apparet. Nam
aperte hic distinguitur publicatum testamen-
tum a materia, in qua testamentum prius
scriptum fuit. Oportet igitur testamentum id
publicatum diversum esse: non potest diver-
sum esse, nisi sit a priore descriptum. Sed
9 quid † necesse est ita testamentum describi,
cum prius testamentum ad fidem sufficiat?
Respondeo: Eo fit, quia plura exemplaria
testamenti exstare utile est, ut si unum pe-
reat, liceat ex alio fidem sumere, quod su-
perest, L. *ult. sup. h. t. L. unum*, *D. h. t.*

Hoc intellecto, de fide testamenti hujus
10 publicati quæsitum est hoc loco. Primum, †
an fidem faciat. Deinde, quantum faciat, et
quando. Quod dubitatur, an fidem faciat,
dubitatio ex eo est, quod constitutum est,
cum ex alio instrumento authentico descri-
ptum est exemplum, non ex exemplo agi de-
bere, sed ex authentico. Et videtur fidem e-
xemplo haberi non oportere. *L. 2. D. de
fid. instrum. Auth. si quis in aliquo, supr.
de edend.* Et placuit hoc testamentum publi-
catum fidem facere, et recte. Nam quod su-
pra diximus de exemplo, de exemplo priva-
to dictum est. Alia caussa est exempli publi-
cati, ut h. tit. Nam istrumentum publicatum
fidem publicam habet, *d.* L. *in donationibus.*
Sed adjicitur hoc rescripto, ita demum hoc
exemplum, quanvis publicatum fidem facere,
si prior materia testamenti quæ interdicit,
interciderit casu, qui probetur.

Ex quo hæc colligimus, etiam testamenti
exemplum quanvis publicatum, ad fidem te-
stamenti non sufficere, si adhuc exstet prior
materia testamenti, sed hanc quoque consu-
lendam esse, juxta *d. Auth. Si quis in ali-
quo.* Nam si non creditur exemplo publicato,
ubi prior materia periit, nisi necessitas sua-
deat: multo minus ei crederetur, si materia
prior adhuc exstet, quam liceat adhuc con-
sulere. Deinde colligimus, si prior materia
testamenti intercidit dolo heredum scripto-
rum, quia illam consulto ruperint, aut ali-
quid aliud in eo statuerint, iis testamenti
publicati fidem nihil prodesse, quia rescri-
ptum exigat, ut testamentum casu interci-
dat. Postremo ex iisdem verbis intelligimus,
quanvis casu interciderit prior testamenti ma-
teria; tamen non esse satis, id dici ab he-
redibus scriptis, sed etiam id probari debere.
Proinde eo non probato, exemplum publica-
tum illis non prodesse. Et recte ab illis exi-
gitur hæc probatio: nam ipsi sunt, qui ca-
sum allegant, et debent allegare ex hoc re-
scripto. Regula autem juris est, incumbere
probationem, ei qui dicit, L. 2. *D. de
probat.*

Sed his conditionibus † opponitur *d. L.* 11
in hac, *et d. L. in donat. inf. de donat.*
Quibus in locis de donationibus insinuatis,
et de actis, et monumentis publicis dicitur,
hæc habere inconcussam fidem, ita ut nec
aliæ probationes, aut ulla adminicula deside-
rentur: secundum quæ videtur, dici debuis-
se, exemplum testamenti publicatum, quod
actis insinuatum est, omnimodo fidem face-
re debere, sive prior materia testamenti ex-
tet, sive non, quia auctorum fides aliunde
non dependeat. Resp. Quæ de fide actorum
superioribus in locis dicta sunt, ea de au-
thenticis, et principalibus scriptis dicta sunt,
nempe de iis, in quæ primum referuntur
donationes factæ; non eodem jure haberi e-
xempla quantumvis publicata, in quam rem
hic

hic locus sufficiat. Differentiæ ratio est, quia omnia exempla genere ipso suspecta sunt; quia facile est in describendo errare, unde hoc genus totum appellatur calumniosa scriptura in *dicta L. 2. D. de fid. instrum.* Proinde non temere exemplo credendum est, privato quidem nunquam, publico autem ita demum, si quæ necessitas urgeat, quia fides sumi aliunde non potest, consulendum est enim necessitati, *arg. in* L. 2. §. 2. *D. si quis cautionib.* sed ita demum succurri debet, nisi si quis eam necessitatem sibi imposuerit. L. *si fidejussor*, §. *si necessaria*, *D. qui satisdare cog. d. L.* 2. §. *pen. D. si quis caut.* Et hoc est quod hic exigitur, ut prior materia testamenti interciderit casu, non heredum facto.

Ad L. Ex imperfecto. 3.

Imp. Alexander A. Antigono.

Ex imperfecto testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, sæpe constitutum est. Licet enim lex imperii solemnibus juris Imperatorem solverit: nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere PP. XI. Kal. Jan. Lupo et Maximo Coss.

SUMMARIA.

1. *Imperfectum et perfectum testamentum quando sit.*
2. *Imperfectum testamentum non valet, etiamsi Princeps heres institutus sit.*
3. *Princeps, an quod imperfecto testamento ipsi relictum est, capere possit.*

1 PErficitur † testamentum solemnibus juris adhibitis, de quibus in L. *hac consultissima inf.* et præterea herede instituto, item adjectis iis, quæ in ordinatione testamenti desiderantur. Si quid horum deest, imperfectum est testamentum. Si ad vim testamenti superiora omnia requiruntur, consequens est, imperfectum testamentum est §. *pen. Inst. quib. mod. test.* Docemur hoc loco id adeo verum esse, ut quanvis imperfe-
2 cto testamento Princeps heres † institutus sit, tamen nihilo magis testamentum valeat. Idem §. *ult. Inst. quib. mod. test. infirm. et* L. *ex*
3 *imperfecto*, D. *de legat.* 1. Et † cæteris quidem personis, quibus in eo testamento quid relictum est, testamentum non valere constat. Sed num Princeps ipse hereditatem, aut si quid aliud ei relictum est, ex testamento capere non poterit? Et iisdem locis cautum est, nec Principem ex eo testamento capere posse, ne contra leges faciat.

Sed pro Principe hoc dicitur: Principem solutum esse legibus, quod lege Regia, quæ de imperio ejus lata est, effectum est, de qua in *L.* 1. *D. de constit. pr. et* §. *sed et quod Principi*, *Instit. de jur. nat.* Respondent boni Principes, hoc jus sibi placere, ne quid ex imperfecto testamento capiant, non quod pro sua potestate capere non possint, si ea uti velint; sed quia soluti legibus, nihilominus legibus vivere volunt, et submittere legibus principatum *d.* §. *ult. Institut. quib. mod. test. infr.* L. *digna vox*, *supr. de legib.* Dixerit aliquis, quod de assentatoribus Principum nimis quam sæpe audiri solet, Principem facere infra dignitatem et magistratus imperium, si non faciat quæ libet, cum hoc ejus imperio tributum sit, ut sit solutus legibus cæterorum. Hic egregie responderunt boni Principes, quod in hoc rescripto legimus, tantum abesse, ut dum Principes se subjiciunt legibus, aliquid imminuant de majestate imperii et sua, ut nihil sit tam proprium imperii, quam legibus vivere. Et recte. Nam proprium imperii, est Rempub. et imperium ornare moribus, bonorum morum pars magna est, obtemperare bonis legibus. Proprium imperii est eas res constituere maxime,

me, quibus imperium consistit: stat autem omne imperium bonis legibus, hæ stabiliuntur a Principe, non verbis, et ejus jussu, sed maxime exemplo: dum enim iis paret, probat eas justas et veras esse, et exemplo suo adfert subditis iis parendi non tam necessitatem, quam voluntatem. Amplius etiam dicitur, majus imperio esse legibus submittere principatum, *d. L. digna vox, supr. de legib.* recte hoc quoque. Nam imperii proprium est hoc quoque imperare aliis: qui autem legibus paret vivendo, is imperat etiam sibi, quo imperio nullum est majus.

Ad L. Si in nomine. 4.

Imp. Gordianus A. Ruffino.

Si in nomine, vel prænomine, seu cognomine (seu agnomine) testator erraverit, nec tamen, de quo senserit, incertum sit: error hujusmodi nihil officit veritati. PP. XII. Kal. Januar. Gordiano A. et. Aviola Coss.

SUMMARIUM.

1. *Error, seu omissionis, si aliter demonstrata sit persona legatarii et heredis, non nocet.*

Sive testator heredem instituit, sive alicui quid legat, personam heredis, et legatarii demonstrare oportet. L. *quoties*, §. *si quis nomen, D. de hered. instit. L. Paulus, D. de reb. dub.* Et ad personas demonstrandas nomina, pronomina, agnomina, cognomina inventa sunt, sed tamen aliis rebus demonstrari possunt. Proinde si aliis demonstrentur, satis est, *d.* L. *quoties*, §. *si quis nomen*, §. *si quis in nomine, in fin. Institut. de legat.* Hinc 1 † fit, ut si persona sine nomine demonstrata sit, nominis omissio nihil noceat. Quin et illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante testatore in nomine, nihilominus et institutio, et legatum valeat, quia perinde hoc est, quasi nomen omnino non sit adjectum. Et hoc, dummodo certum sit, de quo testator senserit, et certum sit testatoris demonstratione. Nam ut cætera omittantur, saltem verbis testatoris personam demonstrare oportet aliquo signo indubitabili, *d.* §. *si quis nomen.* Id ita fiet, si instituat hoc modo. *Cornelius sororis meæ filius heres est.* Si soror unum tantum filium habeat, apparet, quem testator designarit, proinde heres erit, etiamsi nomen Sempronius, non Cornelius fuerit. Idem dicendum, si testator tantum Cornelium dixerit, cum eum prius ita consuevisset appellare.

Ad L.

Ad L. Neque professio. 5.

Impp. Valerian. et Gallien. AA. Lucullo.

Neque professio, neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati præjudicat: et quæ ut filiis testamento relinquuntur, juxta ea, quæ a Principibus statuta sunt, non deberi certi juris est. Accep. VI. Non. Jul. Valer. et Gallien. AA. III. et II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Testatoris falsum dicentis affirmatio, aut negatio veritatem nihil mutat.*
2. *Idem in professione falsa.*
3. *Profiteri liberos sibi natos quid.*
4. *Relictum tanquam filio, qui filius non est, an debeatur.*

QUuoniam de auctoritate supremæ voluntatis ita cautum est legibus, ut quod testator legaverit, seu statuerit de re sua, id tanquam jus ratum sit. L. *testandi, inf. h. t. L. verbis leg. D. de verb. sig. §. disponat, Novel. de nupt.* Hinc commode quæritur in universum de vi et potestate sententiæ omnis testatoris, quod declaratur exemplis in hoc rescripto et seq. Est autem hæc summa: si quid testator statuit, ut fieret in futurum, si quid voluit, id ratum est. Id quod declaratur superioribus locis. At si quid de re tantum affirmavit, ut ostenderet sententiam suam, non voluntatem, id pro non scripto est, juxta definitionem testamenti supra dictam. Nam si verum est, quod testator dixit, valet quidem: sed quia ita est revera, non quia testator dixit, ut si filium suum dixerit *filium*, erit quidem filius, sed quia natura talis est, futurus talis, etiamsi
1 testator nihil dixisset. Quod si † testator falsum dixerit, ejus affirmatio, aut negatio veritatem nihil mutat, neque ab eo, quod natura est, receditur.

Utriusque rei exempla habent hæc rescripta duo. Affirmationis exemplum hic est: testator legavit L. Titio filio suo, non ideo erit filius, quia testator affirmavit, nisi revera sit filius. Sed an testator non potuit voluntate sua filium efficere? Respondeo, de eo primum nihil cavit: deinde etsi voluisset filium facere, non potuisset: ita necesse est inutilem esse affirmationem testatoris falsam. Nam filii, aut justis nuptiis fiunt natura, aut adoptione jure civili; nuda asseveratione nullo modo. L. 1. D. *de adoption.* L. *non exemplis, et L. non nudis, supr. de probat.* Negationis falsæ exemplum in rescripto sequenti est: testator scripsit se vivum nihil donasse, placet, si quid vere donaverit, negationem testatoris veritati non nocere. Sed an eo dicto non videtur testator donationem revocasse? Quæstio supervacua est in donatione inter vivos, quia etiamsi testator hoc animo esset, ut vellet donationem revocare, non posset tamen semel perfectam, L. *cum ancillam, supra de condict. ob caussam dat. et tot. tit. infr. de revoc. donat.*

In donatione autem caussa mortis utilis est quæstio. Nam quod testator donavit vivus caussa mortis, id quandoque ex sententia revocari potest. *Instit. in pr. de donat.* Solum hoc quærendum erit, an voluerit revocare, et recte vulgo probatum est, superioribus verbi videri revocatam donationem, cujus sententiæ hoc argumentum est, quia hæc oratio testatoris, *profiteor me nulli quidquam donasse*, ambigua est: sic enim accipi potest, quasi facto nihil donaverit, aut quasi nihil donaverit effectu; quia donationem valere nolit: prius si accipimus, inutilis scriptura est, quia falsa est; posterius si accipimus, valet, quia testator facit revocando, ut donatio nulla sit. Proinde hoc posterius accipimus, ut scriptura videatur aliquid egisse juxta L. *si quando, D. de leg.* 1.

Quod † de affirmatione testantis hic dicitur, idem dicitur de professione falsa, 2
professio hic intelligitur professio parentum de origine, et ætate liberorum, quod genus professionis usitatum erat Romanis, ex constitutione M. Antonini, de qua Jul. Capitol. in ejus vita ita scribit: *hunc primum liberales caussas munivisse, ita ut juberet unumquemque civem apud præfectum ærarii liberos sibi natos profiteri, eundemque per provincias publicarum tabularum usum instituisse, apud quos de originibus idem fieret, quod Romæ*

apud

apud præfectos ærarii, ut si quando de statu quæstio est, probationes inde ederentur,
3 *quis a quo editus esset.* Profitetur † liberos sibi natos, est nuntiare et testari liberos sibi natos, et nomen edere, ut profiteri merces apud publicanos, est edere speciem et numerum mercium, pro quibus vectigal pendi debet. *L. interdum, in pr. et* §. *quoties, D. de publican.* Hæc professio parentum de his, quos liberos suos dicebant, in re dubia fidem faciebat pro liberis, et contra liberos, sed veritati non præjudicabat, si quis probaret falsam probationem fuisse, quod hic dicitur, et L. *etiam, et* L. *Imperatores, D. de probat.*
4 Hinc adjicitur, si † quid relictum sit ut filio, qui filius non sit, huic nec legatum, aut hereditatem relictam videri in *L. quoties in pr. D. de her. instit.* Recte dictum est, *si quid relictum sit ut filio*: intelligitur enim testator aliquid reliquisse ut filio, cum reliquit ei, non solum quem filium nominavit, sed etiam quem putabat filium esse, errore ductus, ut hanc caussam habuerit legandi, quod filium putarit. Quod si testator non ignoravit eum, cui legabat, filium suum non esse, cum pro filio eum diligeret, filium nominarit, nihilominus legatum debebitur, ne nomen honoris, et amicitiæ legatario noceat, quod potius prodesse ad legatum debuit, L. *nemo*, §. *ult. D. de her. instit.*

Ad L. Verba. 6.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Terentiæ.

Verba testamenti, quibus mater vestra decedens nihil se cuiquam donasse significavit: si res se aliter habeat, fidem veri non perstringunt. PP. III. Non. Novemb. Diocletiano A. et Aristobolo Coss.

Exposui L. superiori.

Ad L. Errore. 7.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Rufinæ.

Errore scribentis testamentum juris solemnitas mutilari nequaquam potest, quando minus scriptum, plus nuncupatum videtur: et ideo recte testamento condito, quanquam desit, *heres esto*: consequens est, exsistente herede, legata seu fideicommissa juxta voluntatem testatoris oportere dari. PP. XVII. Kal. Febr. ipsis AA. IV. et III. Coss.

SUMMARIA.

1. *Heres quibus verbis usitate instituatur.*
2. *Orationi testatoris si quid desit, an nihilominus institutio valeat, et quid heredis nuncupatio hic a scripto differat.*
3. *Quare imperfectæ orationi in heredis institutionem scripta* heres esto, *adjici debeat, et non quidvis aliud æque.*

TEstamento heredem institui oportet, alioqui nullum testamentum, *L. ult. D. de jur. codicil.* L. 3. *versic. Calpurnius, D. de his quæ in test. del.* Instituitur au-
1 tem heres † iis verbis usitate *L. Titius heres esto* aut aliis eandem significationem habentibus, L. *quoniam, infra, h. t.* L. 1. *D. de her. institut.* Si quid huic orationi desit, an institutio † valeat, quæsitum est? 2
Et si testator voluntatem suam nuncupet sine scripto, plenis verbis heredem nuncupare debet, ut intelligant testes quem heredem esse

esse velit. L. *heredes palam*, *D. eod.* Quod si testamentum scribat, placet, etiamsi quid superiori orationi desit, dummodo persona heredis nota sit, nihilominus institutionem valere, et ideo si testator dixit, *Lucius esto*, intelligitur *heres*, nec adjecerit *esto*, idem intelligimus, L. 2. §. *si ex fundo*, *D. de her. Instit.* Longius itum est: nam si testator tantum scripserit, *Lucius*, nec adjecerit *heres esto*, tamen creditur testator hoc sensisse, et institutio valet, *d. L.* 1. §. *si ex fundo*, id quod hoc rescripto confirmatur.

Objiciebatur huic sententiæ, quod heredem institui oportet, id autem non fieri illa oratione, *Lucius heres esto.* Respondent veteres *et in d.* L. 1. *et hic.* etiam videri hanc orationem nuncupationem esse, idest, lingua expressam, sed postea non plene scriptam esse, et ideo institutionem recipi, quasi minus scriptum sit, plus nuncupatum. Rursus objicitur exemplum nuncupantis heredem, quem palam et plene nuncupare oportet. Huic objectioni tacitæ occurritur in hoc rescripto, cum dicitur, solemnitatem juris non debere mutilari errore scribentis: hoc enim perinde est, quasi diceretur, testatorem etiam in testamento scripto videri plenis verbis heredem instituisse. Sed quod postea plene scriptum non reperitur, magis contingere errore scribentis, quam testatoris voluntate, sive alius scripserit testamentum, sive testator ipse, cum festinando non est mirum aliquid omitti potuisse.

Sed cum huic verbo *Lucius* alia † verba 3
adjici possint, ut perficiatur æque oratio, cur potius hæc verba intelligimus, *heres esto*, quam alia: possunt enim salva ratione sermonis recte intelligi *Lucius liber esto*, *Lucius fundum Cornel. capito.* Respondeo: Hæc ideo non accipimus, quia nihil horum convenit ad vim testamenti, sed sola heredis institutio. Deinde si alium relictum intelligimus, semper incerta voluntas testatoris esset, quid relictum voluerit. Præterea solemne est in testamentis heredem instituere iis verbis, *Lucius heres esto.* Ob hanc caussam id sumimus, quod testamento consuetudine loquendi scribendique convenit, argum. in *L. si servus plur.* §. *ult. D. de L.* 1.

Ad L.

Ad L. Casus majoris. 8. Et seq. L. 9.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Marcellino.

Casus majoris ac novi contingentis ratione, adversus timorem contagionis, quæ testes deterret, licet aliquid de jure laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamentorum solemnitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est: non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est. Dat. VI. Kal. Jul. ipsis IV. et III. AA. Coss.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Patrocliæ.

Si non speciali privilegio patriæ tuæ juris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt: nullo jure testamentum valet. PP. X. Kal. Jul. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *De numero testium in testamento requisito.*
2. *Præsentia testium in testamento an remittatur interdum.*

AD testamentum septem testes adhiberi oportet, de quo dicitur, in L. *hac*
1 *consult. inf.* Hic numerus nullo † testium casu, aut morbo remittitur, quia inventus est ad testamentum muniendum adversus falsitatem. L. *ult. vers. cum enim, infr. de fideicomm.* His testibus præsentibus testator voluntatem suam testari debet, nec hæc quidem præsentia ullo casu remittitur, *L. seq.* hoc amplius, omnes simul testes præsentes esse oportet. Hæc vero necessitas † remittitur hoc ca- 2
su, si unus ex testibus cognita testatione testantis testamento subscripserit, et id obsignaverit, deinde oppresserit cum aliquis morbus, cujus contagionem reliqui testes metuant: nam hic concessum est, eum testem, qui in morbum incidit, submovere, ut reliquis solis præsentibus reliqua testatio peragatur, ut *hac in* L. *casus*, *in fin.*

Ad L. Si testamentum. 10.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Menophelimo.

Si testamentum jure factum sit, et heres sit capax, auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet. Dat. XV. Kalend. Aug. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Testamentum jure perfectum rescindi non potest rescripto Principis.*

1 TEstamentum † jure perfectum rescripto Principis rescindi non oportet. Hoc non tantum dictum est rebus integris, sed etiam rescripto adversus testamentum impetrato: id est, rebus integris, si quis testamentum rescindi postulet, rescriptum ei denegatur, quia id postulare contra jus non debuerit. L. 5. *de præcib. Imper. offer.* Sed etsi quis obrepserit Principi, et hujusmodi rescriptum impetravit, placet hoc rescriptum a judicibus non admitti, L. *pen. eod. tit. supr. de præcib. Imp. off.*

L. *Ad*

Ad L. Non idcirco. 11.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Zenoni.

Non idcirco minus jure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur. S. Dat. Prid. Idib. Novemb. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Testamentum furto sublatum an fiat vitiosum et vires suas perdat.*

1 RES furto † sublatæ non ideo vitiosæ sunt, aut naturam priorem mutant, cadunt quidem in vitium furti, idest, furtivæ esse incipiunt, §. *furtivæ*, *Instit. de usucap.* Sed nihilominus res ipsæ integræ manent, uti prius fuerant, tantumque eo furtum pertinet, ut illæ usucapi non possint, *d.* §. *furtivæ.* Et si cæteræ res furto vitiosæ fierent, tamen non posset vitiari testamentum, quod surreptum esset: nam materia, in qua testamentum scriptum est, quæque surripitur, non est testamentum: sed sententia testatoris, quæ in ea materia scripta est, hæc testamentum est: hæc autem non surripitur. Proinde non potest dici hanc esse dubitationis caussam quod testamentum furto factum sit vitiosum, ut quæratur, an propter furtum tabularum testamentum infirmetur. Hæc igitur potius dubitationis caussa est, quod testamento surrepto videtur aliquid accidere contra voluntatem testatoris: is enim testamentum claudendo, et sibi asservando, vult id secretum esse, ut solet esse mens testatorum, *L. hac consultiss. infr.* unde et secretum alienæ voluntatis appellatur. L. *captatorias*, *D. de her. instit.* Cum testamentum surripitur, evenit contra ejus voluntatem, ut tunc fere retegatur, ut verisimile sit, testatorem eas tabulas ex illo valere nolle.

Rescriptum est, non ideo minus testamentum valere duabus de caussis. Primum, quia testator mortuus non potuit testamentum revocare propter furtum quod secutum est: mortui enim nulla voluntas est, L. 4. D. *locat.* Deinde, etsi vivo ei surreptum esset, et ob eam caussam testamentum surreptum valere nollet; tamen nihil ageret ea sola voluntate, quoniam testamentum semel jure perfectum non rumpitur, nisi alio testamento postea jure facto. L. 1. *et* 2. *D. de injust. rupt.* Qua ratione admonemur, quotiescunque quæritur, an testamentum ab initio jure factum ob aliquem casum intervenientem infirmetur, unam ex iis caussis adesse oportere ex quibus testamenta infirmantur, in quibus furtum testamenti non esse constat, de iis caussis agitur *in tit. Instit. quib. mod. test. infir.* et comprehensæ sunt *in d.* L. 1. *D. de injust. rupt.*

Ad L.

Ad L. Si unus. 12.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Matronæ.

Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint: jure deficit testamentum. De his autem quæ interleta, sive suprascripta dicis, non ad juris solemnitatem, sed ad fidei pertinent quæstionem: ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso hæc fuerint commissa. S. Dat. Prid. Non. Jul. Philippop. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Sententia hujus legis.*
2. *Uno teste in testamento deficiente, corruit testamentum.*
3. *Testamentum an vitietur propter deleta in testamento.*
4. *Deletum a testatore consulto, sine exceptione non valet, sive legi possit, sive non; sed tamen interest an ante consummationem testamenti aut postea deletum sit.*
5. *Deletum a testatore inconsulto, si legi potest, valet, quandocunque deleverit: et quid si inconsulto deletum legi non possit.*
6. *Quid si ab alio aliquid deletum sit ut testamento.*
7. *Legis hujus genuina et emendata lectio, dilucidiorque explicatio.*

1 SEntentia † est non solum, si omnia solemnia desunt in testamento, testamentum non valere, sed etiam si quid ex
2 his vel minimum desit, ut † unus testis, aut unius testis subscriptio, vel obsignatio, quæ referri debet, *L. si non speciale, et L. ca-*
3 *sus, supr. h. tit.* Inde quæsitum † de iis, quæ in testamento deleta sunt, an propter hæc testamentum vitietur? Et placet nihilominus cætera testamenti valere: hac ratione, quia quæ in testamento delentur, non pertinent ad juris solemnitatem, idest, utrum nulla sit litura in testamento, an vero sit aliqua, non ex solemnibus testamenti, ut consequens sit, propter aliqua deleta, non idcirco cætera vitiari, quasi aliquid ex solemnibus desit. Sed hæc pertinent ad facti quæstionem, idest, inducunt quæstionem, quid hic factum sit, et quæritur, ut appareat, quis deleverit, et quomodo deleverit, et ut in rescripto scriptum est, ut appareat, utrum consulto a testatore emendata sint, an vero ab illo inconsulto deleta, an vero etiam ab alio falso hæc commissa sint.

Ideo autem rescriptum ait, de eo quærendum esse, quia quid ex iis fiat jure, multum interest. De iis autem hæc juris summa est: Refert, utrum quid a testatore deletum sit,
4 an ab alio. Si testator † deleverit, siquidem consulto deletum, sine exceptione non valet, sive legi possit, sive non possit. L. 1. *in pr. D. de iis, quæ in test. del.* Solum hoc interest, utrum consulto deletum sit ante testamenti consummationem, an post consummationem. Quod ante consummationem deletum, ipso jure non valet, quasi ab initio non scriptum. *d.* L. 1. *juncto* §. 1. *in fin. et* §. *sed consulto.* Post consummationem autem consulto deletum ipso jure valet, sed petentes removentur exceptione, *d. L.* 1. §. *sed consulto.* Differentiæ ratio est; quia quod ante consummationem scriptum, pro non scripto est, cum testamentum tunc non valuerit. Quod autem post consummationem scriptum habetur, aliquando valet, ut si adhuc manet, non videatur ipso jure infirmatum esse; sed quia deficit voluntas testatoris, locus erit exceptioni doli mali, si legatarii contra voluntatem legatum petant.

Quod si † testator inconsulto delevit, et 5
legi potest, valet, quandocunque deleverit L. 1. *in pr. et d.* §. *sed consulto.* Si inconsulto deletum legi non potest, siquidem deletum est ante consummationem testamenti, non debetur. *d. L.* 1. §. 1. *vers. sed si legi.* Si post consummationem, omnimodo debetur, si aliter probari potest, quod relictum est, *d.* L. 1. §. *sed consulto.* Differentiæ ratio

tio est, quam supra attigit, quia quod ante consummationem legi non potest, pro non scripto est. *d.* L. I. *de iis, quæ in test. del.* Quæ post consummationem delentur, ea aliquando utiliter scripta, ac proinde casus ea non mutabit, ubi non desinit voluntas testatoris. Hæc dicta sunt de iis, quæ delen-
6 tur a testatore. Alia caussa † est eorum, quæ delentur ab alio. Nam sive consulto, sive inconsulto quid deletum sit ab alio, pro non deleto est, ne si in potestate alterius mutare testatoris voluntatem, et nocere vel heredibus, vel legatariis: hoc significatur *in d.* L. I. *in pr.* iis verbis: *Id vero quod non jussu etc.* Quod tamen hactenus verum est, dum sciamus si quid deletum est ab alio, ut legi non possit, et deletum sit, ante consummationem testamenti, id non magis valere: quam si deletum sit a testatore, quod colligitur *ex d.* L. I. §. I. *vers. sed si legi.* Idque ob hanc caussam, quam supra dixi; quia pro non scripto habetur: quod ante
7 consummationem legi non potest. Locus † autem hic valde corruptus est, et verba interpretatione indigent. Ajunt Imperatores; *De iis autem quæ interleta, vel conscripta sunt, etc.* Phrasis latinis usitata pro eo, quod est: *Quod ad ea attinet, quæ interleta sunt.* Legendum est autem non *suprascripta*, sed *superscripta*, agitur enim de iis, quæ in testamento delentur, expunguntur, aut cancellantur. *Suprascribere*, autem non est delere, sed idem id scribere supra, ut bis legi possit. At *Superscribere* est aliis superinductis literis priores obliterare, quo modo maxime literæ delentur. Ajunt Imperatores: *Sed ad fidei pertinet quæstionem etc.* Nulla est in proposito fidei quæstio: nam in iis, quæ deleta sunt, quæstio est, a quo delata sint, et quomodo, id est, utrum a testatore, an ab alio, et utrum consulto, an inconsulto, ut postea sequitur. Hæc vero quæstio est de facto, non de fide et probatione facti.

Apparet igitur legendum esse: *Sed ad facti pertinet quæstionem.* Hic enim quæritur, quid factum sit, a quo, quomodo. Quod verbum prioribus convenientissime subjicitur: prius enim dixerant Imperatores, deleta non pertinere ad juris solemnitatem. Juris quæstioni optime opponitur facti quæstio, L. *mora, D. de usur.* Est autem hic sensus: *Ea, quæ deleta sunt, aut non deleta, non pertinent ad juris solemnitatem, et ideo si quid deletum sit, cæteris partibus testamenti nihil nocet, sed inducunt facti quæstionem, ut quæratur, et quærendo appareat, a quo et quomodo deleta sint*, ut sequitur.

Ajunt Imperatores: *Emendationem meruerint, vel ab altero inconsulto deleta sint, etc.* perspicuum est, legendum esse, non *altero*, sed *ab illo*, intellige *testatorem.* Nam in persona testatoris delentis recte distinguitur, utrum ipse deleverit, emendandi caussa, idest, consulto; an vero ab eo inconsulto factum sit. At in altero, quam in testatore, hæc distinctio locum non habet. Sive enim consulto quid deletum sit ab altero, sive inconsulto, semper valet quod deletum est, si legi potest. Et ideo est hic loci sensus: *Quærendum esse, ut appareat, utrum quæ scripta sunt, consulto deleta sint voluntate testatoris, vel illo inconsulto deleta: An vero hæc eadem ab alio commissa sint falso, idest, vel consulto, vel inconsulto, utrumvis enim fecerit alius, si non jussu domini fecit, falso fecit.*

Ad L.

Ad L. Testandi. 13.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Euryphidæ.

Testandi caussa de pecunia sua legibus certis facultas est permissâ, non autem jurisdictionis mutare formam, vel juri publico derogare cuiquam permissum est.

SUMMARIA.

1. *Testari an liceat cuique suo arbitratu, spreta forma testamentorum jure publico constituta. Negatur, et rationibus fulcitur.* ibid.
2. *De jure publico et privato.*

1 QUæsitum † est, an liceat unicuique suo arbitratu testari, contempta ea forma testamentorum ordinandorum, quæ jure publico constituta est, præsertim si testator testatus sit, velle suam voluntatem ita ratam esse, cujusmodi voluntatis explicatio refertur in L. *pen.* §. *ult. D. de leg.* 2. Movet dubitationem, quod libere testandi facultas permissa est jure publico omnibus. Et quidem iis verbis, ut ratum sit, *uti quisque rei suæ legassit*, L. *verb. legis, de verb. sig.* L. 1. *supr. de sacrosanct. Eccles.* §. *disponat. Novell. de nupt.* Hoc loco declaratur nulli ita licere testari, posita ea ratione, ex qua id facile colligitur. Est autem ratio hæc, et collectio, quia testandi facultas permissa quidem est jure publico et libera, sed certis legibus id est, certis conditionibus, et certa forma præscripta, quam servemus in testando: juris autem formam mutare, vel juri publico derogare, nulli permissum est. Ex quo id facile colligitur, de quo quæsitum erat, nempe in proposito, idest, in facultate testandi, non licere formam suprascriptam mutare.

Ex quo apparet, hoc rescripto contineri argumentationem, cujus exprimitur propositio et assumptio. Conclusio prætermissa est, continens responsum ad quæstionem propositam, sed ideo omissa, quia ex iis, quæ antecedunt, facile intelligitur. Argumentatio est hujusmodi: jurisdictionis mutare formam, et juri publico derogare, nulli permissum est. Facultas autem testandi permissa est certis legibus, idest, certa forma quam servare oportet, idque jure publico. Proinde eam formam mutare, atque eo modo juri publico derogare non licet. Quid ergo si contra factum erit? Respondeo: pœna hæc est iis omnibus, quæ contra legem fiunt, constituta, ut quod factum est, pro infecto sit, L. *non dubium sup. de legib.*

Partes hujus argumentationis expendendæ sunt; propositio est, non licere mutare jurisdictionis formam. Jurisdictionis forma, est forma testandi jure constituta, forma idest, modus. Appellatur forma jurisdictionis; quia secundum formam jure constitutam, jus dici a magistratibus et judicibus oportet: hi enim secundum leges et constitutiones judicare debent. *Inst. de off. jud. in pr.* Itaque forma juris, et forma jurisdictionis idem valent, non quod jus, et forma jurisdictionis eadem sint, sed quod forma primum constituitur jure; deinde constituta servatur in jure dicendo, jus formam hanc efficit constituendo hanc formam, hæc ita constituta efficit necessitatem jurisdicendi. Hanc formam mutare non licet, quia juri publico derogaretur: juri autem publico derogare non licet, ut sequitur: sententia est juris certi, multis locis repetita. L. *quod bonis, D. ad* L. *Falcid.* L. *ita*, §. *Julianus* D. *de administr. tut.* L. *jus publ.* D. *de pact.* Collecta sententia est ex eo, quod placet leges servandas esse, eamque esse auctoritatem legum in rebus omnibus, L. 3. L. *leges sacratiss. sup. de legib.* Si leges servandæ sunt, contra leges fieri non oportet, repugnant enim *servare legem*, et *contra legem facere.*

Sed † cur hic fit mentio publici, cum testandi facultas, de qua quæritur, sit juris 2
privati. Nam jus privatum definitur, quod ad utilitatem singulorum pertinet, L. 1. §. *hujus*, *D. de instit. et jur.* Jus autem testandi pertinet ad singulos testatores; est enim de pecunia cujusque privata, ut hoc rescripto declaratur, et verbis legis duodecim tabul. in L. *verbis leg. de verb. signific.*

Respondeo: Jus, quod ad utilitatem singu-

gulorum pertinet, recte idem jus dicitur et privatum et publicum diversis rationibus: Privatum dicitur, si res spectamus, de quibus constitutum est. Est enim de rebus privatis singulorum. Hoc sensu de testamentis ordinandis est juris privati. Sed idem jus dicitur publicum, cum personas spectamus, ad quas pertinet. Est enim jus commune omnium civium Romanorum; unde publicum dicitur, quia sit tutius populi jus, sed non universi quidem, sed singulorum ex populo, ita jus publicum dicitur, ut sit jus commune. Hoc modo jus publicum passim a nostris usurpatur et bonis auctoribus, ut L. 2. *sup. ne uxor pro marito.* L. 1. *sup. si adversus fiscum,* L. *amicissimos in fin.* D. *de excusat. tut.* L. 1. *vers. secundo cap.* L. *quod bonis* §. 1. *D. ad* L. *Falcid.* Quo sensu illud dictum est in Phormione,

An ne hoc quidem adipiscar ego quod jus publicum est?

ubi Demipho intelligebat jus de sua pecunia constitutum, sed ita constitutum, ut esset omnium civium commune. Hoc sensu dicimus juri publico derogare non licere, quia nullius licet legibus derogare, sive ad statum Reipubl. pertineant, sive ad utilitatem singulorum, ut declaratur in *d.* L. *quod bonis,* §. 1. D. *ad* L. *Falcid.*

Derogare juri publico est contra jus publicum, sive legem facere: contra legem autem facere, est facere quod lex vetat, L. 3. D. *de legib.* ut accidit in forma testamentis constituta. Sic enim hæc præscribitur legibus, ut jubeatur adhiberi: qui adhiberi jubet, omitti vetat. Proinde omittendo contra legem facimus, et juri derogamus. Hæc definitio diligenter observanda est, ut intelligamus, non omnia, quæ permittuntur legibus, in necessitate juris posita esse. Est enim certi juris regula, licere unicuique his, quæ pro se introducta sunt, renuntiare, L. *pen. sup. de pact.* L. *si judex,* D. *de minor.* Cur ergo id fit in una specie potius, quam in cæteris? quia dum iis renuntiamus, juri non derogamus: in iis enim deferendis lex nihil jubet. Quod ut intelligatur, sciendum est, quædam simpliciter permitti, et concedi legibus, ut sunt actiones, quæ dantur legibus de rebus nostris privatis, ut sunt exceptiones, quæ dantur reo, ad defensionem; quædam fieri jubentur lege. Cum aliquid permittitur simpliciter, et conceditur, liceat id non accipere, licet et rejicere, quia qui concedit, accipere non jubet. Et ideo cum iis renuntiamus, nihil fit contra legem; quia nihil fit secus, quam lex jubet. At ubi lex jubet, aut vetat, illic necessitas imponitur parendi, et si quid contra fit, tunc recte dicitur derogari legi. Assumptio hæc est: *Facultas testandi permissa est certis legibus.* Sic hæc verba accipimus, ut intelligamus, *permissam esse certis conditionibus et jure publico.* Nihil fit contra significationem verborum, quinimo leges usitate id significant. Sententia quoque ipsa per se verissima est, facultatem testandi permissam esse variis legibus, ut L. 12. tabul. *d.* L. *verbis,* L. *de verb. significat.* et L. Falcid. 1. et 2. cap. L. 1. *D. ad* L. *Falcid.* et Constitutione Justiniani *d. Novell. de nupt.* §. *disponat.* Sed interpretatio huic loco non convenit, nam illa verba, quæ sunt extrema in rescripto, *juris formam mutare non licere,* declarant in testandi facultate intellectam esse prius formam aliquam, de qua mutanda agatur, et de qua mutata juri publico derogetur. Proinde glossa optime hæc verba accipit sic, ut intelligatur facultas testandi permissa esse certis *Legibus,* idest, certis observationibus, vel melius, certis conditionibus, et certa forma præscripta. Nam *Lex* inter cætera conditionem significat: datum *ea lege,* idest, ea conditione: lex donationi adjecta est, idest, conditio donationi adjecta est, ut passim hæc significatio legentibus occurrit, et declaratur in L. *ea lege, et* L. *dictam, et* juncta L. *si repetendi, supr. de condict. ob caussam dator.*

Et res ita habet. Certa forma testamenti ordinandi præstituta est jure publico, de qua in L. *hac consultiss. infr. Instit. de testam. ordin. et tit. de exhered. liber.* Non obstant hæ leges, quas supra enumeravimus, quibus libera potestas testandi unicuique permittitur. Sic enim libera est: ut tamen in quibusdam rebus coangustata sit aliis legibus, ut nominatim dicitur in *d. L. verbis D. de verb. sig.* His positis efficitur sua sponte conclusio, idest, id quod responderi hoc rescripto dicimus, nempe formam suprascriptam in testando mutari non licere, ne juri publico derogetur.

Sed tamen huic parti quædam opponuntur. Nam testamentum est de re privata, et familiari; unicuique ideo licere pacisci, et sua voluntate licere in eo deteriorem suam conditionem facere: proinde et in testamentis ordinandis licere ei formæ renuntiare, L. *jurisgènt.* §. *si paciscor,* L. *pactum, D. de pact.* Resp. Quod dicitur, licere de re privata pacisci et cavere, ut lubet, sic intelligendum est: si nihil obstet, quam res privata, de qua agitur. Cæterum si lex, aut

boni

boni mores vetent, pacisci non licet, quanvis res sit privata. Exemplum habemus in Senatusconsulto Vellejano, quo cautum est, ne mulieres pro aliis intercedant, L. 1. D. *ad Senatusconsult. Vellejan.*

Deinde et hoc obstat, quod facultas testandi, et omnis forma testamenti ordinandi introducitur pro testatoribus ne videlicet aliquid falsi adversus eorum voluntatem admittatur L. *ult. infr. de fideicom.* Sic autem jus est, ut supra dixi: Licere unicuique juri pro se introducto renuntiare. Respondeo: Verum est, hanc formam testatorum caussa maxime introductam esse, sed non solum testatorum, verum utilitatis publicæ gratia, ut falsis occurratur, cujus rei indicium erit in omnibus rebus, quoties ita lex aliquid permittat, ut tamen in eo aliquid fieri aut omitti jubeat. Quod enim lex jubet, auctoritati suæ reservat, eoque privati arbitrio non permittit.

Ad. L. Non codicillum. 14.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA et CC. Achilleo.

Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exheredatio facta probant evidenter. Subscr. Idib. Decemb. CC. Coss.

SUMMARIUM

1. *Defunctum testamentum facere voluisse, unde intelligamus.*

QUI testamentum facere voluit, neque illud perfecit, intestatus decedit, et ita decedit, ut quæ scriptura tanquam testamentum non valet, codicillos non faciat, quanvis alioqui per se ut codicilli valuerint, nisi habeat a testatore, ut saltem valeret jure codicillorum. Hæc in L. *ult.* §. *illud*, *infr. de codicill.* L. *coheredi*, §. *cum filiæ* illic *alioquin*, *D. de pupill. et vulgar. substit.* Quo fit, ut nihil ex ea scriptura debeatur ex iis, quæ inde relicta sunt. L. 1. D.
1 *de jur. codicill.* Hinc † quæstio hujus loci: unde intelligamus, defunctum testamentum facere voluisse? Et si quidem defunctus nominatim scripsit suum hoc testamentum esse, res expedita est: Sin de eo nihil dixit, res deciditur hic: videri eum testamentum facere voluisse, qui in ea scriptura heredem instituit, aut exheredavit, nempe, conjectura voluntatis certa ducta ex eo, quod proprium est solius testamenti. Nam hereditas neque dari, neque adimi codicillis potest, eoque neque quisquam exheredari iis potest, §. *ult. Institut. de codicill.*

Ad L. Quoniam. 15.

Imp. Constantinus A. ad populum.

Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum: placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, aut inflexis. Nec enim interest si dicatur: *Heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit.* Sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio. Nec necessaria sunt momenta verborum, quæ forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo judiciis ordinandis amota erit solemnium verborum necessitas: ut qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere, et quibuscunque verbis uti, liberam habeant facultatem. S. Dat. Kal. Febr. Serdicæ, Constantio A. II. et Constante A. CC. Coss.

SUMMARIA

1. *Summa hujus constitutionis.*
2. *Quacunque in materia scribitur, testamentum ratum est.*
3. *Solemnia verba institutionis heredis cur dicantur imperativa et directa, et quæ sint, et cur civilia.*
4. *Fideicommissi verba dicuntur precaria, et sunt obliqua.*
5. *Veteres cur putarint verba directa ex jure civili esse, cætera precaria non esse.*
6. *Legare quid.*
7. *Verbis non inhærendum, sed menti et voluntati contrahentium.*

1 SUmma constitutionis expressa est in extremis verbis. Est † autem hæc: in qua materia testamentum scribatur nihil refert, sed nec quibus verbis heres instituatur, dummodo constet, quem testator sibi heredem esse voluerit. Hæc ita constituta veteres initio tabulis scripserunt; unde etsi res mutata sit postea; tamen vetus nomen tabularum mansit, quo etiam juris auctores passim utuntur, dum tabulas testamenti nominant. Sed jam olim obtinuit inventis aliis materiis ido-
2 neis ad scribendum, ut † quacunque materia scriberetur testamentum, ratum esset, L. 1. *in pr. D. de bon. poss.* Id jus hic confirmatur. Quod ad heredis institutionem attinet,
3 ante hæc tempora † solemnibus verbis heredem institui oportebat. Erant autem hæc, L. *Titius heres esto*, ut colligitur *ex* L. 1. *D. de hered. instit.* Et Ulpianus docet *in tit. de hered. instit. in frag.*

Hæc verba dicuntur hoc loco imperativa et directa. Cur imperativa, notum est. Dicuntur directa, quia iis verbis efficitur, ut hereditas perveniat directe, seu recta ad heredem institutum, ut intelligimus *ex* §. *ult. Inst. de sing. red. per fideicomm. relict.* Eadem dicta sunt civilia L. *verbis legis*, *D. de vulg. subst.* Ideo; quia sola hæc in hereditate danda jure civili agnoscebantur, quæ omnia dicta sunt, ut distinguerentur hæc verba a fideicommissariis, idest, iis, quibus vel hereditas, vel res aliqua singularis per fideicommissum relinquitur. Hæc non imperant, sed petunt et rogant, ut quis fideicommissum restituat, ut sunt verba fideicommissi §. *ult. Inst. de sin. reb. per fid. relict.* Unde fidei-
commissi verba † dicuntur precaria, qua ratione directa institutio opponitur precariæ in 4
L. quærebatur, versic. *quinimo*, *D. de milit. test.*

Hæc eadem non sunt directa, sed obliqua, et ut hic appellantur, inflexa, quia fideicommissum non recta capitur a testatore, sed interposita persona ejus, qui rogatur, ut fideicommissum restituat, ut de hereditate fideicommissaria declaratur *in* §. *inprimis*, *Instit. de fideicom. her.* De singulis autem rebus declaratur *in tit. de singul. reb. per fideicom. rel.* Hæc vere inflexa et obliqua via est, per quam id quidem agitur, ut res ad fi-

fideicommissarium perveniat, sed non recta a testatore; verum adhibito eo, a quo res accipiatur. Eadem verba non sunt civilia, sive juris civilis, et ob hanc caussam initio fideicommissa nullam vim habuerunt, etiamsi postea translata sint in necessitatem, *tit. de fideicom. her. in pr.*

5 Cur † autem veteres putarint verba directa, et imperativa ex jure civili esse, cætera vero precaria non esse, sumptum est ex verbis legis 12. tabul. his: *uti quisque legassit suæ rei*, etc. L. *verbis legis, de verb. sign.*

6 Legare auctore † Ulpiano *in frag. de legatis* est relinquere legis modo, idest, imperative. Sed recte Imperatores posteriores judicaverunt ineptum † esse verbis inhærere, cum 7
sententia testatoris constat, et ideo fere in omnibus speciebus negotiorum solemnitatem verborum repudiarunt, satis habentibus, si quibuscunque verbis constet, quid scriptor, quid testator, quid contrahentes scripserint, ut in heredis institutione hic constitutum est de legatis in L. *in legatis, infr. de legat.* De actionibus instituendis, et earum formulis in L. 1. 2. *sup. de formul. et imp, act. sublat.*

Ad L. Non dubium. 16.

Impp. Gratianus, Valent. et Theodos. AA. Eutropio.

Non dubium, nec incertum est, sicut Imperatoribus, ita qualibet dignitate, vel potestate decoratis viris, tam hereditatem, quam legatum, seu fideicommissum relinqui posse. §. 1. Illud etiam adjiciendum est, qui ex testamento, vel ab intestato heres extiterit; etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates legibus non sit subnixa: tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat. S. Dat. Kal. Jul. Thessalonicæ, Gratiano V. et Theodosio AA. Coss.

SUMMARIA

1. *Princeps et magistratus an possit capere ex testamento alterius, et an etiam possit legare.*
2. *Princeps an sit civis Romanus.*
3. *Legata et fideicommissa inutiliter directa an et quando debeantur.*
4. *Heres si ex pluribus legatis quædam solverit, an etiam reliqua præstanda obligetur.*

DUÆ sunt hic sententiæ. Prior est: Principi, et cuivis magistratui hereditatem et legatum testamento recte relinqui.
1 Quæsitum est, † quæ fuerit caussa cur de hac re dubitaretur, cum omnibus liceat ex testamento capere, nisi nominatim prohibeantur: ineptum sit autem de Principe, aut magistratu dubitare, qui plus juris habent, quam aut rusticus, aut mercator, qui possunt ex testamento capere: quod nusquam dubitatum legimus, et sine probabili dubitatione inepta et consultatio et responsio est, L. *Domitius*, D. *h. t.* Non est autem probabile, quod Accursius cæteris consentientibus scribit, hanc dubitandi caussam esse; quia non videatur esse sani hominis, relinquere ditioribus, et præsertim Principibus. Nam si in iis, quæ relinquuntur, habetur honos iis, quibus relinquitur: nihil magis convenit, quam relinquere Principi, idest, ei honorem habere, non ad eum augendum, qui nimio plus habet, sed ad submissi obsequii et benevolentis animi significationem.

Præterea scimus etiam constitutum esse de Principibus, licere iis nimirum testamentum facere, *L. cum heredes, in fin. sup. tit. prox.* cui in constitutione superior ratio dubitandi convenire non potest. Illic enim non relinquitur Principi, sed Princeps dat, nempe dives pauperioribus. Mihi videtur dubitatio nata ex L. Falcidia, et similibus legibus. Nam 1. et 2. *cap. ejus Legis*, cavetur de eis, qui legare testamento possunt, et quibus possint, iis verbis: *ut civis Romanus civi Romano legare possit*, quibus verbis cæteris excluduntur. Non videtur † autem Princeps esse in 2
numero civium, quia cives subditi sunt: Princeps autem imperium habet in subditos

et

et universum populum, L. 1. D. *de const. princip.* Qua ratione fit, ut non tantum dubitetur, an Princeps possit capere ex alterius testamento, sed etiam an possit legare testamento?

Huic dubitationi occurritur his constitutionibus, quibus cavetur, et Principem posse relinquere, et capere ex testamento. Et recte duabus de caussis; quia et Princeps civis est, quia eorum omnium, qui sunt in orbe Romano, et aliquo imperio, unum est corpus, cujus membra sunt subditi, caput vero Princeps: neque eo minus caput ex corpore est, quia caput præest cæteris membris. Deinde, etsi Princeps civis non esset; tamen ex superioribus legibus admitti eum oportet. Nam si jus legandi et capiendi ex alieno testamento datur inferioribus, multo magis ex sententia legis Principi, et magistratibus idem est tribuendum, quibus plus juris tributum esse constat.

3 Posterior sententia est hæc: legata † et fideicommissa inutiliter relicta, puta imperfecto testamento, aut imperfectis codicillis jure ipso non debentur, ut constat ex imperfecto testamento nihil deberi, *ex* L. 3. *sup.* §. *pen. et ult. Inst. quib. mod. testam. infi.* Placet tamen si heredes vel scripti, vel legitimi agnoverunt voluntatem defuncti, legata deberi, et ideo si ultro solvant, non repetent. L. 2. *infr. de fideicom.* Si non solverunt, nihilominus necesse præstare habebunt id, quod hic cautum est. Agnoscere voluntatem intelligitur heres, aut præstando legatum, aut promittendo. Præstando, si legatum menstruum est, aut annuum, et id tribus annis saltem præstitit. Nam ex eo tempore non tantum manere debent, quæ jam soluta sunt, sed etiam obligatur heres ad futuri temporis præstationem, ut est constitutum in *L.* 1. *inf. de fideicom.* Promittendo obligatur heres, si stipulanti legatario, aut fideicommissario promittat, se soluturum, *L. si veritas*, *inf. de fideicom. L. ult. inf. ad L. Falcid.* ubi constitutio scripta est de eo, qui cautionem legati non debiti emisit, cautio stipulatio est, L. *sancimus*, *inf. commun. de legat.*

Hæc res dubitationem non habet: quia constat unumquemque ex stipulatione obligari, §. *de constituta*, *Inst. de act.* At si quid heres tantum pacto promisit præstiturum se sine stipulatione, ex *d.* L. *si veritas*, *et d.* L. *ult. ad* L. *Falcid.* Colligitur heredem non obligari, quia ii loci stipulationem exigunt, quod et verum est. Nam ex pacto actio non nascitur jure civili, L. *jurisgent.* §. *sed cum nulla*, §. *quinimo*, *D. de pact.* L. *legem, sup. de pact.* Plane si heres aliquando pactus est se præstiturum, et iterum idem paciscatur, obligabitur. Nam jure prætorio obligatur quisque de constituta pecunia, si constituat se soluturum, quod prius debebatur, etiam natura; *d.* §. *de constituta, Inst. de act. d.* L. 1. §. *pen. et ult. D. de constitut. pecun.* heres autem, qui iterum idem promittit pacto constituere intelligitur, quod prius promiserat, et constituit, quod ex natura debebat. Nam priore pacto solum natura obligabatur, L. *in bis*, §. *Imper. D. de solut.* arg. *in* L. 1. *in pr. D. de pact.* Quod si heres absentibus legatariis dixerit, se agnoscere voluntatem defuncti, ea res legatario non proderit: nam qui ex pacto non obligatur, multo minus sine pacto obligabitur. Superior agnitio autem et pollicitatio pactum esse non potest, cum pactum sit duorum pluriumve in idem consensus, *L.* 1. D. *de pact.* L. 3. *D. de pollicitatio.*

Quid si heres † ex pluribus legatis quædam solverit, an etiam ad reliqua præstanda obligatur? Negat Accursius recte *ex ult. supr. ne uxor. pro marito.* Nihil enim prohibet heredem in unum beneficium conferre, ut in cæteros nolit: liberum cuique autem esse debet, quomodo et erga quos libertatem exerceat, L. 1. *et* 2. *D. de precar.* Hoc tamen locum non habet ex constitutione Justiniani in iis legatis, quæ relicta sunt supra dodrantem hereditatis, et minuuntur per legem Falcidiam. Placuit enim Justiniano, si heres vel unum legatum integrum præstiterit, sibi necessitatem afferre, et cætera solide præstandi, *Auth. sed cum testator*, *inf. ad L. Falcid.* Sed hoc singulari jure constituitur, ut voluntas testatoris conservaretur in eo legato, quod alioquin jure valet, quod ad cætera legata jure inutilia transferri non debet. 4

Ad L.

Ad L. Testamentum 17.

Impp. Arcadius et Honor. AA. Æternali *proconsuli* Asiæ.

Testamentum non ideo infirmari debebit, quod diversis hoc deficiens nominibus appellavit, cum superflua non noceant. Namque necessaria prætermissa imminuunt contractus, et testatoris officium voluntati, non abundans cautela. Datum XII. Kal. April. Arcadio IV. et Honorio III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Superflua et supervacua neque testamento, neque ulli negotio nocent.*
2. *Verba superflua quæ sint.*
3. *Res jure inutiles quæ sint, et an actum totum vitient.*

TEstamento si quid deest, ex iis, quæ testamento desiderantur nullius momenti testamentum est, *L. si unus, sup.* quia testamentum imperfectum est, non est autem testamentum, quod non est perfectum; unde dicimus imperfectum quoque testamentum non valere. At si testamento rite perfecto aliquid adjicitur, quod ad testamentum et voluntatem supremam defuncti nihil pertinet, etsi in verbis omne superfluum vitiosum sit; tamen in sententia nihil mutatur, et nihilominus testamentum valet. Re enim perfecta, quidquid adjicitur, pro supervacuo
1 est. Supervacua † neque testamento, neque ullo negotio nocent; quia perinde sunt, ac si adjecta non essent, L. *quæ extrinsesus, de verb. oblig.* Unde dicitur; Non solent, quæ abudant, vitiare scripturam, L. *non solent, de reg. jur.* Quod in specie testamenti hic confirmatur, in contractibus autem confirmatur in *d.* L. *qui extrinsecus.*

Observandum est autem, loqui nos de verbis superfluis et abundantibus, non au-
2 tem de rebus inutilibus jure. Verba † superflua sunt, quæ ad sententiam nihil pertinent, sive quæ de sententia priore nihil mutant, ut si testator initio testamenti scribat, suum hoc testamentum esse quod sequitur, esse suum supremum elogium, esse suam supremam voluntatem, quod exemplum est, de quo in rescripto Imperatores consulti erant; ejusmodi verba, si qua sunt, ea nunquam nocent iis, quæ vere et serio scripta sunt. At res
† jure inutiles sunt, quæ adjectæ sententiam 3
mutant; sed jure vetantur adjici, ut proinde adjectio inutilis sit. Hæ possunt esse hujusmodi, ut si adjiciantur; non tantum ipsæ inutiliter adjiciantur, sed reliquum etiam totum actum vitient, ut si conditio, aut dies adjiciatur emancipationi, aut similibus actibus legitimis, L. *actus, de reg. jur.* Ut si in fidejussore constituendo promittantur decem, aut Stichus nomine ejus debitoris, qui decem tantum debuit. Nam adjectio Stichi totam facit inutilem fidejussoriam obligationem, L. *Græce, §. quis Stichum, D. de fidejuss.* Sed hæc nihil adversantur huic loco. Nam ut dies et conditio et Stichus ad sententiam eorum, quæ geruntur, pertinet. Est enim longe alia caussa et sententia ejus, qui decem tantum debet, alia ejus, qui decem, aut Stichum. Proinde non sunt hæc superflua ad sententiam, quare ad hunc locum non pertinent.

Ad L.

Ad L. Testamenta. 18.

Impp. Arcadius et Honor. AA, Africano *præfecto* urbi.

Testamenta omnia, cæteraque quæ apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur, nec usquam permittatur fieri ulla translatio. Mos namque retinendus est fidelissimæ vetustatis: quem si quis in hac urbe voluerit mutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem. Dat. XII. Kal. Octob. Constantinop. Cæsario et Attico Coss.

SUMMARIUM.

1. *Testamentum publicandum apud quem reserari debeat.*

QUÆ utilitas esset testamentum publicari apud idoneos magistratus, intellectum est ex L. 2. *super.* Ob hanc caus-
1 sam † si quis testamentum publicari velit, cavetur hoc loco, ut reseretur, idest, aperiatur apud magistratum census, si modo publicetur in urbe Constantinopoli, neque publicatio alio, idest, ad alios magistratus transferatur. Hanc esse sententiam hujus constitutionis liquet ex L. *hac consultiss. infr. h. t.* ubi statim in principio proponitur hæc sententia, et deinceps pluribus verbis confirmatur, et nominatim adjicitur ex constitutione duorum Principum, quæ hic refertur. Itaque non est hæc constitutio de eo, ut testamenta publicata reserentur apud magistratum census, sed ut publicanda reserentur, quo etiam modo legendum est, ut et alii recte monuerunt, præsertim cum verbum, *reseraretur*, extet in eadem constit. C. Theod.

Ad L.

Ad L. Omnium. 19.

Impp. Honorius et Theodosius AA. Joanni PP.

Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cujuscunque judicis, aut municipum, aut auribus privatorum, mentis suæ postremum publicavit judicium: ita nec de ejus unquam successione tractabitur, qui nobis mediis, et toto jure (quod in nostris est scriniis constitutum) teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non jubere: ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium: cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra judicium suum defunctus postea venisse detegatur. Ne quid sane prætermisisse credamur: hujusmodi institutionis successoribus designatis, omnia quæ scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci: cum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus etenim præstandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare: et stabile sciat esse quod fecerit. Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt. Dat. XII. Kal. Mart. Ravennæ, post consulatum Honorii. VIII. et Theodosii. V. AA.

SUMMARIA.

1. *Duæ rationes recte ordinandi testamenti novæ et singulares.*
2. *Preces hic quid.*
   Testamentum precibus Principi insertum cur valeat, et unde habeat fidem et auctoritatem.
3. *Scrinia sua quid vocent Principes.*
4. *Proximi sacrorum scriniorum qui.*
5. *Scriniorum diversæ species.*
6. *Principem omnia habere in scrinio pectoris, error est interpretum quorundam puerilis.*
7. *Testamentum precibus insertum eandem habere vim, ac cœtera privata, non majorem, nec minorem.*
8. *Testamentum actis judicis cujusque insinuari potest, et quam fidem habeat ita ordinatum et n.* 9.
10. *Testamenti precibus inserti publicam esse fidem.*
11. *Contrariis occurritur.*
12. *Qui habeantur* idonei testes, *in extremo rescripti.*

SI quis vitare velit eam diligentiam; quæ in testamentis privatis desideratur ex jure communi in L. *hac consultiss.*
1 *infr.*, duæ † hic rationes recte ordinandi testamenti constituuntur novæ, et singulares. Una est in precibus Imperatori offerendis: altera in testamento actis publicis cujusvis judicis insinuando. Prior hoc continet, ut testator testamentum suum precibus inserat, quod fit mera fide, idest, certa et indubitata probatione; deinde eas preces offerat Principi: hac oblatione sola consequetur, ut testamentum ratum sit, et ita ratum, ut omnium testamentorum solemnitatem superet. Pre-

2 Preces † sunt libelli supplices, qui offeruntur Principi de hoc testamento recipiendo, et cognoscendo. Unde quæ in principio dicuntur hic preces, postea appellatur supplicatio in *vers. voluntates etenim*, hic usus verbi declaratur *tit. de precib. Imper. offer.* L. *precib. supr. de impub. et al. infr.*

Auctoritas, et fides huic testamento conciliatur ex his rebus. Intelligendum est enim, preces Principi oblatas solere postea legi in consistorio Principis: deinde has referri in scrinia Principis, quibus ea acta continentur. Sic fit, ut hæ preces habeant testem, et conscium Principem, cujus testimonium omnium testimoniis est majus. Deinde habet testes omnes nobiles, et probatas personas, quæ sunt in consistorio Principis, quod *in pr. hoc loco* declaratur. Postremo testificantur iis precibus scrinia istius Principis. Hoc colligitur ex verbis; *Non tractabitur de successione ejus, qui nobis mediis, idest, intervenientibus, et toto jure, (quod in scriniis nostris*
3 *est constitutum) teste succedit.* Scrinia † sua Principes vocant, quæ in usu juris dicuntur *scrinia Principis, et scrinia sacra*, quibus
4 qui præfecti sunt, dicuntur proximi † sacrorum scriniorum, *tit. de prox. sac. scrin. inf. lib.* 11.

5 Hæc scrinia † sunt arcæ, seu capsulæ, in quibus acta Principum recondebantur, sive ad administrationem Reipublicæ pertinerent, sive ad jurisdictionem. Ex quibus quædam dicebantur scrinia memoriæ, quædam epistolarum, quædam libellorum, idest, libellorum supplicum, quos hic preces dicimus, ut indicatur *in* L. 5. *et* 6. *inf. de prox. sacror. scrin.* In iis continebatur totum jus Principis, quia epistolæ continebant constitutiones generales ad provincias. Libelli supplices habebant adjuncta rescripta, et responsa Principum de specie libello comprehensa, quæ omnia erant partes constitutionum, ut declarat Theophil. *in* §. *sed et quod Principi, Instit. de jur. nat. gent. et civ.*

Ex quo intelligitur, puerilem esse errorem eorum interpretum, qui ex iis verbis collegerunt tritum illud, non minus falsum, quam
6 alienum ab hoc loco, Principem † habere omnia jura in scrinio pectoris, quasi scrinia hic significent recessus mentis Principis, aut quasi jus, quod isti esse volunt in pectore Principis testificetur aliquid, ac non testimonium omne sit in lingua, aut scripto Principis.

Hactenus Imperatores volunt ejusmodi testamentum precibus insertum jure optimo valere. Adjiciunt, quatenus valeat in vers. *nec sane, usque ad fin.* Est autem hæc summa; hujus testamenti eandem vim esse, quæ etiam cujuslibet testamenti privati solemniter facti, sed eandem non majorem. Eandem † 7
esse, iis rebus demonstratur. Primum, quemadmodum cætera testamenta privata non desiderant alienam auctoritatem, et approbationem, L. *illa institutio, D. de her. instit.* Sic nec testamentum precibus insertum desiderat approbationem Principis, quanvis illi sit oblatum. Nam et sine ullo ejus responso testamentum valebit, *vers. nec sane h.* L. Deinde, ut testamenta privata rite facta, jure civili valent confirmata L. 12. tab. L. *obvenire, de verb. sig.* Unde ex quovis testamento hereditas sola aditione acquiri potest. Ita et ex testamento precibus inserto, heres sola aditione hereditatis hereditatem acquiret, nec erit necessaria agnitio bonorum possessoris, *vers. ne quid sane, h. t.*

Rursus hujus testamenti vim non minorem esse, quam cæterorum privatorum, declaratur in hac constitutione his verbis. Primum, ut privata testamenta rite facta, ita valent, ut tamen testator mutare ea possit alio facto rite. L. 1. *et* 2. *D. de injust. rupt.* §. 1. *Instit. quib. mod. test. infirm.* Sic etiam testamentum precibus insertum licebit testatori quandocunque volet, mutare alio testamento item recte facto, nec obstabit auctoritas Principis *d. vers. ne quid sane, h. t.* Deinde, ut cætera testamenta solemniter facta hactenus valent, si non cætera refragentur, puta si hoc accedit, ut testator testandi jus habuerit, ut non sint præteriti liberi, qui in potestate testatoris fuerunt. Sic et testamentum precibus insertum ita deferet hereditatem heredi testamento scripto, si cætera quoque concurrant, sine quibus testamentum valere non potest; ex quibus si quid deerit, non magis testamentum valebit, quam cætera privata. Hoc additum est in extremo hujus constitutionis, ex quo colligimus, si ejusmodi testamento præcibus inserto postumus testatoris præteritus fuerit, deinde natus vivo testatore, eodem etiam vivo decesserit, ex hoc testamento hereditatem jure civili adire non posse, L. *postumus, D. de injust. rupt.* Sed nec posse ex hac constitutione propter extrema hæc verba: *Si heredi alia nocere non possunt.* Ex quo reliquum est, ut huic heredi solum relinquatur remedium bonorum possessionis ex jure prætorio, secundum tabulas testamenti *ex d.* L. *postumus.* Nec obstat pars constitutionis hujus, ubi cavetur, *non esse necesse heredi agnoscere bonorum possessionem*, hoc enim

postea

postea extremis illis verbis colligitur *nisi heredi alia non noceant.*

8 Altera ratio testamenti ordinandi rite † hic constituitur, ut testamenentum actis judicis cujusvis insinuetur, quod constituitur in principio legis, in iis verbis: *sicut ergo securus erit.* Id autem ita transigitur: qui testamentum hoc modo facere volet, adibit quenvis judicem sedentem ibi apud acta nuncupabit voluntatem suam supremam, idest, dicet, quos sibi heredes velit esse, et quæ quibus legari velit, petetque, ut hæc voluntas in acta publica referatur, et, ut hic loquimur, ut actis insinuetur. Acta hæc fidem publicam habent, non tantum privatam: supra in L. *testamenta, prox. tit.* cautum est, ut testamenta aperiantur apud magistratum census tantum in urbe Constantinopoli, quia de testamento jam facto illic agitur, quod postea heredes velint aperiri, et publicari apud judices. Hic autem agitur de testamento faciendo ab initio, et ideo nihil contrarii constituitur, cum hic permittitur testamentum fieri, et publicari apud quemvis judicem, ut recte Bartolus animadvertit. Est autem,

9 ut cœperam dicere, hujus † testamenti actis insinuati fides publica, ut prolatis actis statim probetur testamentum, nullis aliis testibus adhibitis, qui necessarii non sunt, ubi publica monumenta sufficiunt, ut scribitur in L. *in donationibus, inf. de donat.* Quod si de actis cujusvis judicis recte dicitur, eoque et de testamento actis insinuato: multo ma-

10 gis † probandum est, ejus testamenti, quod insertum est precibus Principi oblatis fidem publicam et auctoritatem esse, sine ullis aliis testibus, tantummodo ut fides ex scriniis libellorum Principis petatur: nam acta Principis omnibus aliis potiora sunt actibus.

11 Sed videntur obstare † extrema hujus L. verba, quibus ita scribitur: *nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare.* Ex iis verbis vulgo colligunt ad fidem hujus testamenti confirmandam saltem heredem institutum probare debere preces esse oblatas Principi, idque probari posse saltem duobus testibus, quia numerus hic expressus non est, juxta L. *ubi numerus test.* D. *de testib.* Sed hunc locum ita interpretari non licet. Est enim hæc probatio heredi omnino inutilis, si non progredimur longius: non enim sufficit aliquas preces esse oblatas Principi, nisi etiam dicatur testamentum illis precibus insertum esse, quo testamento hic heres institutus sit, qui se heredem dicit, ut cautum est *in pr. h. t.* At tale testamentum esse aliquod, non probatur duobus testibus. Et sane periculose id constituitur: nam facile subornabuntur duo testes, qui dicant, se interfuisse, cum defunctus offerret preces Principi, et se legisse testamentum precibus comprehensum; deinde redditas esse preces defuncto, ut sic isti testes refutari non possint. Ergo idonei testes † hic intel- 12
ligendi sunt illi, qui commemorantur *in pr. h.* L. et in illis verbis, *qui nobis mediis.* Et præterea omnes consistoriales. Postremo ipsa scrinia Principis in quæ hæ preces libelli supplicis relatæ sint. Neque ideo necesse erit, cum de fide hujus testamenti agitur citari Principem, aut cæteros consistoriales; quia satis erit, recurrere ad scrinia libellorum Principis, in quibus reconditæ fuerint hæ preces testamentum defuncti continentes, quemadmodum fieret testamento cujuslibet actis insinuato. Et hoc est, quod Imperatores dicunt, necesse non esse, ut heres his precibus institutus pertimescat, cum habeat probationem tam idoneorum testium, eamque tam facilem, atque expeditam.

Ad L.

Ad L. Nolumus. 20.

Impp, Honorii et Theodosii edictum ad populum urbis Constantinopolitanæ et omnes provinciales.

Nolumus convelli deficientium scriptas jure ac solemniter voluntates, dum quoddam morientis supremum et non scriptum processisse confirmatur arbitrium, tanquam patrimonium suum ad nos deficiens maluerit pertinere. Omnibus enim privatis et militantibus interdicimus, ne hujusmodi perhibeant testimonia: et falsi criminis reos teneri præcipimus, si cum scriptæ jure, ac solemniter deficientium extiterint voluntates non scriptum aliquid sub nostrorum nominum mentione falso adstruere moliantur. Nemo itaque relictus heres vel legibus ad successionem vocatus: nostrum vel potentium nomen horrescat: nemo ferre testimonia in hunc modum, vel suscipere in gestis hujusmodi voces audeat nostro vel etiam privatorum potentium nomine. Dat. VII. Id. Mart. Constantinop. Theodosio A. VII. et Palladio Coss.

SUMMARIUM.

1. *Principes testamento non scripto institui heredes non possunt, scripto possunt.*

QUod constitutum in L. *non dubium sup.* Principem heredem institui posse, 1 † et quosvis homines potentes, non minus, quam privatum quemlibet; id temperatur hac constitutione singulari jure, ut Princeps et potentes homines recte instituantur, si instituuntur testamento scripto. Si dicuntur autem instituti esse testamento non scripto, cavetur hac constitutione, ne id testamentum ullo modo admittatur, neve ulli testes pro eo testimonium dicant, pœna falsi indicta, si qui testes testimonium dicant. Idque ita vult esse constitutio, ut ejusmodi testamentum neque noceat heredibus scriptis alio testamento, de quo cavetur in prin., neque noceat etiam heredibus legitimis, quod cavetur in *vers. extremo*, *h.* L. Hanc constitutionem Accursius et Bartolus ita acceperunt, si testamentum non scriptum non esset solemne; quod si solemne esset, absurdum putarunt dici, eo testamento Principem institui non posse, et contra *L. non dubium*, *sup.* Quæ sententia aliis omnibus displicuit, et merito: nam in hac constitutione nihil distinguitur, sed simpliciter improbatur testamentum non scriptum, in quo Princeps non scriptus sit. Proinde nec distingui oportet, *arg. L. item veniunt*, *L. item ajunt*, vers. *a quo*, *D. de her. pet.* L. *de pretio*, *D. de publiciana.* Deinde stulte caveretur hac constitutione de testamento non scripto, si intelligeremus non solemne, quia nec scriptum testamentum valet, si sit imperfectum, quanvis Princeps in eo scriptus sit. Recte igitur dicimus, constitutionem hanc repudiare omne non scriptum testamentum, in quo dicatur Princeps heres nuncupatus esse. Non obstat, quod scriptum est in *L. non dub. sup.* Nam hac lege excipitur testamentum non scriptum, in quo heres nuncupetur, et in toto jure generi derogatur per speciem, L. *in toto*, *de reg. jur.* Excipiendi caussa et ratio hæc fuit, ut occurreretur præsenti periculo, quod imminet, si ejusmodi testamenta admitti cœperint; nam in gratiam Principis et potentium hominum facile reperientur, qui mentiantur se audivisse, cum defunctus diceret se velle Principem sibi heredem esse.

Ad L.

Ad L. Hac consultissima. 21.

Impp. Theod. et Valent. AA. Florentino. PP.

Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quæ in eo scripta sunt, consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam, involutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris, vel cujuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis, puberibus, omnibus, simul offerre signandam et subscribendam: dum tamen testibus præsentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit; quo facto, et testibus uno eodemqne die ac tempore subscribentibus et consignantibus testamentum valere: nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quæ in eo scripta sunt testamento. Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat: octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus. In omnibus autem testamentis, quæ præsentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere, et dictare suum arbitrium, et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum: sufficiet uno tempore, eodemque die, nullo actu (extraneo) interveniente, testes omnes, videlicet simul, nec diversis temporibus subscribere, signareque testamentum. Finem autem testamenti subscriptiones et singula testium esse decernimus. Non subscriptum autem a testibus ac non signatum testamentum pro infecto haberi convenit.

SUMMARIA.

1. *Forma et ratio testamenti faciendi duplex.*
2. *Publicum testamentum quod, et quot modis fiat.*
3. *Privatum testamentum quod: ejus rite faciendi forma duplex: aut enim fit scripto, aut nuncupatione.*
4. *In testamento scripto quæ sint observanda. Tres hujusmodi observationis partes summæ et quæ.*
5. *Testes qui in testamento adhibentur sunt rogandi: et quare.*
6. *Rogati qui intelligantur.*
7. *Numerus testium in testamento adhibendorum.*
8. *Testes quales adhiberi oporteat, et qui prohibeantur, qui non.*
9. *Filiusfam. non est idoneus testis in testamento patris, nisi sit emancipatus, aut testetur jam miles de castrensi peculio.*
10. *Heres non potest esse testis in testamento; legatarii, et quare.*
11. *Conditio testium hic requisita quo tempore sit spectanda.*
12. *Hæc lex removet eos testes omnes qui aliis legibus excluduntur; et brevitas ejus commendatur.*
13. *In testatione et declaratione voluntatis testatoris quæ exigantur.*
14. *In subscriptione et consignatione testamenti quæ exigantur.*
15. *Solemnia testamenti an uno contextu sint peragenda, et quando remittantur in contagione.*
16. *Actus extraneus an et quando vitiet testamentum.*
17. *Solemnia testamenti quæ sint, et quare sic dicantur. Eadem interdum aucta aut relaxata.*
18. *Aucta solemnia in testamento Cæci.*
19. *Relaxata in tribus generibus testamentorum: ea quæ sint.*
20. *Tribus illis accedere quartum testamenti genus, et quale sit.*

Præ-

PRæscribitur hac L. diligenter forma privati testamenti faciendi. Sed *privati*
1 dixi. Cæterum † in universum si rationem testamenti rite facienti tenere volumus, ea duplex est. Licet enim jure testamentum ita facere, ut aut publicum sit, aut privatum.
2 Publicum dicimus, † cujus fides est publica sine ullis testibus, ut monimenta publica dicuntur, L. *in donationibus*, *infr. de donat.* Privatum, cujus fides posita est in privatis testibus. Publicum fit duobus modis, aut testamento precibus inserto, et precibus principi oblatis: aut testamento actis cujusvis judicis insinuato: de quibus speciebus comprehensum est L. *omnium*, *supr. h. t.* ubi
3 dictum. Privatum † est testamentum, quod nihil istorum habet, sed fit testibus privatis adhibitis. Id genus testamenti eam observationem desiderat, quæ hac constitutione præscripta est.

Ea observatio duplex est, uti ratio declaclarandæ voluntatis supremæ duplex. Permissum est enim jure voluntatem declarare aut scripto aliquo, aut per nuncupationem sine ulla scriptura §. *ult. Inst. de test. ord.* Aliud testamentum scriptum desiderat: aliud id, quod fit per nuncupationem, quæ genera ordine persequitur hæc constitutio. De scripto agitur in pr. De eo, quod fit per nuncupationem, agitur in §. *per nuncupationem.* His adjicitur hæc sententia, si quid eorum desit, quæ hac constitutione comprehensa sunt, imperfectum testamentum esse, cujus testamenti quæ sit vis declaratur in §. *ex imperfecto*, *et* §. *si quis autem.* Hæc summa est hujus constitutionis.

4 Quæ † in testamento scripto observanda sint, ut facilius intelligatur, ejus observationis partes notandæ sunt, et expendendæ. Sunt autem tres summæ partes hujus observationis, et tres quasi quidam actus. Prima pars posita est in testibus necessariis adhibendis: altera in voluntate coram his declaranda: tertia, in testium subscriptione et obsignatione, quæ ita adhiberi oportet, ut et testatio testatoris, et subscriptio testium, et obsignatio
5 fieri debeat uno contextu actionis. Prima † pars, ut dictum est, est in testibus necessariis adhibendis. In ea primum exigitur, ut rogentur testes, quos ad testamentum testes esse volumus, ut expressum est in hac constitutione *in pr.* Quod ideo hic cavetur, quia alioqui etiam non rogati testes recte fidem
6 faciunt L. *ad fidem*, *D. de testib.* Rogati † intelliguntur etiam, qui primo ad alium actum rogati, deinde cum in eodem loco manerent, admoniti sunt, se iterum ad testamentum adhiberi, *L. heredes*, §. *in test. D. qui test. fac. poss.*

Testes necessario adhiberi oportet. Necessarii intelliguntur et numero et conditione. Numero septem esse debent, ut expressum est *hac constit. in pr. et* §. *sed cum paulatim*, *Instit. eo.* Qui † numerus ideo exigitur 7
a veteribus, ut occurreretur periculo falsi, quod præcipue imminere solet in testamentis alienis confingendis, ut testis est Justin. *in* L. *ult.* §. *cum enim*, *inf. de fideicom.* De conditione testium comprehensum est hac L. iis verbis, *ut cives Romanos puberes esse oportet*, ut si verba hæc sequimur, consequens sit eum, qui adhibuerit cives Romanos puberes, recte testari, quod secus esse constat ex §. *testes*, *Inst. eo. de test. ord.* Quare hic locus paulo pluribus indiget, ut sciamus † quales testes adhiberi oporteat. 8
De eo igitur sic statuendum est, omnes idoneos esse testes, qui esse non prohibentur. L. 1. §. 1. D. *de testib.*

Prohibentur alii natura, alii lege. Natura, qui etiamsi velint, tamen testimonium præbere non possunt. Hujus generis sunt, qui aut non intelligunt, quod agitur, vel morbo animi, vel ætate impediti; quo in numero sunt furiosus, mentecaptus, prodigus, impubes, aut qui ea, quæ geruntur, sensu percipere non possunt, non videre, ut cœci, non audire, ut surdi: aut qui ea, quæ perceperunt, eloqui non possunt, ut muti, de quibus comprehensum est in §. *testes*, *Inst. eod.* Omissus est illic cœcus, sed hic satis excluditur, eo quod exigitur a testibus, ut subscribant, in qua subscriptione continetur, quis et cujus testamentum subscripserit, ut suo loco dicetur, quæ cœcus præstare non potest. De impubere et furioso est et in L. *qui testamento, in pr. et* §. *nec furiosus quidem*, *D. qui test. fac. poss.*

Eorum, qui prohibentur lege testes esse, quidam prohibentur in totum ipsa conditione personæ; quidam in quibusdam tantum testamentis, idque ob privatas caussas in id testamentum incidentes. Removentur in totum, partim qui cives Romani non sunt, partim etiam qui sunt. Omnes, qui cives Romani non sunt, testes esse non possunt, neque in testamentis, neque in aliis rebus, quia juris civilis communionem non habent. Eorum duo sunt genera, unum servorum, alterum deportatorum. Servi cives Romani non sunt, quia omnes cives Romani liberi sunt, §. *ult. in fin. Inst. de libert.* Ob

hanc

hanc caussam servus removetur, ne sit in testamento testis. *d. §. testes, Inst. h. L. qui testamento, §. servus, D. h. t.* Quod tamen ita temperatum est constitutionibus, nisi servus eo tempore, quo testamentum fit, omnium consensu habeatur liber, *§. sed cum aliquis, Inst. h. t. et L. sup. h. t.* De deportatis nihil aperte cautum legimus, sed satis removentur verbis hujus constitutionis, cum jubentur testes esse cives Romani. Nam deportati ex numero civium Romanorum exterminantur deportatione, *§. cum autem, Instit. quib. mod. jus pat. pot. §. minor, Inst. de cap. demin. L. 2. D. de pœn.*

Sed et inter cives Romanos quidam in totum prohibentur testes ad testamentum adhiberi. Eorum tres sunt ordines: primus ordo est fœminarum, mulier ad testamentum adhiberi prohibetur, cæteris in rebus omnibus testis esse potest. *d. L. qui testam. §. mulier*, D. *h. t. d. §. testes, Inst. h. t.* Quod apparet proprio jure constitutum esse in testamentis, ad eam cautionem, quam adversus periculum falsi exigi supra dictum. Secundus ordo est eorum, qui judicio publico damnati sunt, et testes judicio esse prohibentur, *d.* L. *qui testa. §. eum, qui lege, D. h. tit.* ubi in Pandectis Florentinis ita legitur: *Eum, qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse.* Existimo legendum esse omnium consensu, *Non.* Quia ratio illic subjecta non potest convenire, nisi orationi negativæ. Et præterea hunc adhiberi non posse, diserte scriptum est in *L. repetundarum, D. de testib.* Tertius ordo est eorum, qui jubentur lege esse intestabiles, de quibus cautum est *in Inst. d. §. testes, h. tit.* In hoc numero est is, qui ob carmen famosum damnatus est, *L. is, cui lege, §. ult. D. qui testam. fac.* L. *ob carmen, D. de testib.* In eodem numero refertur a Theophilo is, qui cum ad testamentum adhibitus esset testis, postea signa sua recognoscere noluit; *d. §. testes, Instit. h. tit.* sed hoc an ita sit, fides penes auctorem erit. Nam de eo in libris nostris nihil scriptum legimus.

Sunt etiam, ut dixi, qui conditione personæ alioqui idonei testes in quibusdam testamentis ob privatas caussas removentur. Privatæ hæ caussæ duæ sunt: primum potestas inter testatorem, et testem constituta; deinde etiam negotium testamenti, quod inter testatorem et testem geritur. Propter potesta-
9 tem non est idoneus testis † in testamento patris filiusfamilias, *§. in testibus, Instit. hic L. qui testamento, in pr. D. h. t.* Quod si filius sit emancipatus, placet hunc recte testem adhiberi, ut colligitur liquido *ex d.* L. *qui testamento, D. h. t.* Non obstat, quod dicitur *in L. testibus, D. de testib.* Testem idoneum non esse filium patri, aut patrem filio: nam cum filius adhibetur testis in testamento patris, revera non est testis patri, sed heredi et iis, qui ex testamento aliquid capiunt, ad quos commodum testamenti proprie pertinet. Sed nec e converso ob eam caussam, si filiusfamilias miles post missionem testamentum facit de peculio castrensi et quasi castrensi, ut facere potest intra annum ei testamento pater adhiberi potest, *d. §. in testibus, Institut. h. t.*

Quod si ante missionem filius testatur, impune adhibetur testis pater, ob privilegium militum. Idque est, quod significatur in d. *L. qui testam. §. per contrarium, D. h. t.* Cur ergo prohibetur adhiberi ad hoc testamentum? Ratio hæc redditur ex *§. in testibus.* quia reprobatum est in hac re domesticum testimonium. Domesticum hic accipere non debemus domestici testimonium, quia constat patrem filio domesticum non esse, de cujus testimonio illic agitur. Sed domesticum testimonium illic dicitur testimonium eorum, qui sunt ex eadem domo, idest, familia, quorum unus est in alterius potestate. Quod testimonium ideo prohibitum est, non quia habet aliquam suspicionem, alioqui etiam emancipati filii testimonium prohiberetur, sed quia pater et filius, qui in ejus potestate est, eadem persona esse intelliguntur L. *ult. in fin. de impub. et aliis substit.* Oportet autem alium esse testatorem, alium testem.

Negotium, quod inter testatorem, et testem geritur, non omne removet testem a testimonio, sed negotium testamenti, quod inter eos geritur. Id autem geri intelligitur inter testatorem, et heredem, quia heres hereditatem accipit, et per hanc succedit in locum et jus omne defuncti. Non autem geritur inter testatorem, et legatarios, qui juris successores non sunt. Ob hanc caussam
prohibetur heres † testis esse, in testamen- 10
to legatarii non item, *§. sed neque heres, et §. legatariis, Inst. h. t.* Et quoniam prohibetur heres testis esse, ideo prohibentur omnes, qui sunt in ejus potestate, *d. §. sed neque.* Quoniam qui in potestate alterius est, eadem persona esse existimatur, *d.* L. *ult. in fin. infr. de impub.*

Sed quomodo legatarii admittuntur ad testimonium in testamento, cum regula juris sit, nullum idoneum testem esse in re sua, *L. nullus, D. de testib.* Respond. Primum lega-

legatarii res non agitur principaliter in testamento, sed heredis tantum, et si heres hereditatem non adierit, ex testamento nihil debebitur. *L. eam quam, infr. de fideicom.* Id autem spectare solemus, quod sit principaliter, non autem quod per consequentiam, *L. 1. D. de auct. tut.* Deinde cum septem testes adhibentur in testamento, facile numerus testium ab omni suspicione vindicat testimonium legatarii, accedentibus præsertim reliquis observationibus.

11 Atque hæc † conditio est testium, de qua hoc notandum est; cum de ea quæretur, hanc spectandam esse, quo tempore sit testamentum. *L. ad testium, §. conditionem, D. qui test. fac. poss.* Proinde si quis eo tempore non est idoneus testis, nihil proderit testamento, si postea idoneus esse cœperit. Et contra, si eo tempore fuit idoneus, puta sanæ mentis, et liber, conditionem ejus postea mutatam esse, testamento nihil nocet, *d. L. ad testium.*

Sed hoc loco exsistit dubitatio. Nam cum tam multi prohibentur testes esse, quemadmodum multos prohiberi diximus ex §. *testes, et* §§. *seqq. in Instit h. t.* necesse est videri eam omnem enumerationem contrariam esse huic legi, in qua iidem testes non removentur. Nam ex hac lege satis est testamentum factum esse septem testibus adhibitis præsentibus, civibus Romanis, puberibus, quod negatur in *dd.* §§. cum alii tam multi testes esse prohibeantur, qui verbis hujus legis non removentur. Cum enim dicimus, aliquos testes prohiberi a testimonio, hoc dicimus, si adhibiti sint, testamentum non valere: dicendum est itaque, nisi iidem quoque testes removeantur hac lege, superiora

12 huic legi esse contraria. Sed † qui aliis locis testes removentur nominatim, hi prohibentur hac lege tacite, et per interpretationem, quæ ex his non difficile colligitur. Nam hi, quos natura testes esse non posse dictum, satis removentur iis verbis legis, quibus jubetur, ut testator testetur testibus septem præsentibus: nam nemo eorum, qui non percipiunt, quod geritur, satis recte præsens dici potest, *L. coram, et* L. *apud, ult. D. de verb. sign.* Qui cives Romani non sunt, aperte excluduntur iis verbis, quibus exiguntur cives Romani. Iisdem verbis excluditur et mulier. Nam cives Romani appellantur hic masculino genere, idque ῥηματικῶς, ut non contineantur fœminæ. Qui autem prohibentur aliis legibus testimonium dicere, ii excluduntur verbo testium, quos hæc lex vult adhiberi. Ad extremum filius, qui in potestate est testatoris, itemque heres in testamento scriptus, satis excluduntur verbis hujus legis, quibus lex jubet testatorem testari septem testibus præsentibus. His enim verbis vult alium esse testatorem, alium testem. Proinde in numero testium vetat testatorem esse, quo constituto excluditur filiusfamilias testatoris. Nam hic personam testatoris habet, ut supradictum. Excluditur etiam heres, quia hic quodammodo testator est. Negotium enim testamenti non tantum ab testatore est, sed etiam ab herede tanquam altero testatore. Sic fit, ut nihil ex aliis locis contrarium sit in hac parte huic constitutioni, et simul appareat, hanc constitutionem dilucide, et breviter scriptam esse, quæ maxima legislatoris laus est.

Testibus necessariis adhibitis, secunda pars eorum, quæ observari debent in testamento faciendo, est in testatione, et declaratione voluntatis testatoris. In hac testatione † non 13 exigitur, ut testator coram testibus dicat, quæ fieri vult post mortem suam, puta ut heredem palam nominet, et ea, quæ præstari vult. Nihil horum testes scire necesse est, sed voluntate prius scripto comprehensa, satis est testatorem eam scripturam proferre etiam clausam, et involutam, ideoque ea testificabitur *h. L. in pr. et vers. quo facto.* In hac scriptura, quoniam ab aliquo scriptam esse oportet, notandum est, nihil interesse, a quo scripta sit, utrum a testatore, vel ab alio quovis etiam servo, *h. L. in pr. et L. servus, D. h. t.* Justinianus nova postea constitutione exegerat, ut saltem nomen heredis scriberetur a testatore, aut ita nuncuparetur palam, ut scriberetur a testibus *L. jubemus, inf. h. t.* Sed postea et hoc Novella constitutione repudiavit, et ad jus hoc antiquum rediit, *Auth. sed non observato, inf. h. t.* Ne hoc quidem interest, quando materia scripta sit a testatore, utrum inspicientibus testibus, an multo ante tempore, puta 10. annis, cum non sit necesse testes scire, quæ in testamento contineantur *h.* L. *vers. in omnibus.*

Hanc scripturam tenens testator, aut alioqui demonstrans, dicat præsentibus testibus hoc suum testamentum esse, quod offertur, et simul fidei caussa ei testes subscribant, si noverint literas, si non noverint, adhibeatur octavus testis, qui subscribat, *h.* L. *in pr. primi respons. et* vers. *quod si literas.* Subscriptio continebit, cujus sit testimonium, *arg. in* L. *pen. D. qui test. fac. poss.* Sed necessitatem hujus subscriptionis remisit Justinianus hac conditione, si testator manu totum testamentum scripserit, et subscripserit sua manu

manu scriptum esse, *L. eum antiquitas*, *§. ult. infr. h. t.* Hoc ita gesto petet testator a testibus, ut ipsi testimonium præbere velint, idest, ut loquitur hæc constitutio, scripturam illis offeret signandam, et subscribendam, *h. t. in pr.*

Hoc loco monendi sumus, etsi exigatur, ut fiat hæc testatio testibus præsentibus; non tamen exigi a testibus, ut sermonem testatoris in eo intelligant, et latino homine testamentum faciente, si Græcus testis adhibitus sit, qui latine nesciat, nihilominus testatio peragetur, dummodo testis sensu percipiat, cui rei sit adhibitus, L. *qui testamento*, §. *ult. D. h. t.* Sed qui potest sensu percipere, quid agatur, qui sermonem testatoris non intelligit? Resp. facile percipiet hoc modo, si admonitus initio se adhiberi ad testamentum, postea videat testatorem tabulas tenentem, iis subscribentem, deinde offerentem septem personis præsentibus, easque subscribentes, et subsignantes, quæ omnia sunt propria testamenti. Sed huic occurritur *ex* L. *heredis*, §. *in testamentis*, *D. h. t.* ubi definitur ita rogatos videri testes ad testamentum, si certiorentur se ad testamentum adhibitos. Non possunt hujus rei certiores fieri, nisi qui moniti intelligant, quid dicatur. Porro omnes testes in testamento rogare oportet. Respondeo: Non sunt hæc contraria. Fatendum est eos rogandos esse initio, et eo sermone, ut intelligant se ad testamentum adhiberi. Sed cum hoc factum erit, et testimonii præbendi caussa convenerint, dicimus non esse necesse testationem testatoris ab illis intelligi, ex verbis scilicet testatoris, sed sufficere, si sensu percipiant, quid agatur, eo modo, quo dixi.

Restat tertia pars posita in testimonio te-
14 stium. Ea hæc † continet, ut testes oblatam scripturam a testatore uti rogati sunt, ita subscribant, et subsignent, *h. L. vers. quo facto*, *et vers. in omnib. circ. fin.* Subscriptio hoc continet, ut proprio chirographo, idest, propria scriptura annotet, quis hujus testamentum obsignaverit, L. *pen. D. h. t.* Subsignare autem debent annulo, qui habet characterem, et breviter annulo signatorio, placetque Romanis testes alia materia, alia re signare non potuisse, quanvis aliis rebus homines signare possint, et soleant, non minus commode hoc in *L. ad testium*, §. *pen. D. h. t. qui test. fac. poss.* Sed dummodo testamentum obsignetur, quid ad rem materia pertinet, qua testamentum signetur? Respondeo. Nihil in hac re secuti sunt veteres, nisi quod Romani annulis ad signandum uti solebant, in eo morem usitatum servari volunt, propterea, quod in rebus novis instituendis semper aliqua inest falsi suspicio, in usitatis nulla. Falsi autem suspicionem penitus a testamento abesse voluerunt.

Quo annulo signent testes testamentum, nihil refert, etiam alieno, atque adeo testatoris annulo signare possunt, §. *possunt*, *Instit. eod. L. ad testium*, §. *si ab aliquo*, *D. h. t.* Neque in hac re metuendum est, ne quid falsi admittatur propter confusionem signorum, cum possit fieri, ut unus possit imprimere septem signa. Nam subscriptio singulorum testium adjecta, singulorum signa distinguit, et discernit. Ut enim, ut dictum, singuli subscribunt, cujus testamentum signarint, et singulorum subscriptio singulis signis subjicitur, ut declaratur *d. L. pen. D. h. t.* hæc duo conjunctim exiguntur subscriptio et obsignatio testium, ut si unus subscripserit, perinde habeatur, quasi testis adhibitus non esset, idest, sit testamentum pro infecto, *h.* L. vers. *in omnibus*, illic *non subscriptum autem*, L. *ad testium*, §. *si quis ex testibus*, *D. h. t.*

Adeo autem signa testium ad vim testamenti sunt necessaria, ut quanvis hæc ab initio recte posita sint; si tamen postea turbata sint a testatore, testamentum pro infecto habeatur, quasi nec ab initio signatum. L. *ad testium*, §. *si signa*, *D. h. t.* Dicuntur autem signa tunc turbata, cum aut convelluntur, aut deletur character, aut denique aliquo modo efficitur, ut dignosci non possit. Utrum autem aliquid non sit, aut non appareat, nihil interest. Multo igitur magis et tunc rescindetur testamentum, cum testator resignaverit. Est enim resignare testamentum, signis amotis aperire, ut recognoscas, *L. si testamentum*, *D. h. t.* Placet tamen hoc casu, ut ibidem scriptum, cum testamentum semel resignatum iterum obsignatur ab iisdem testibus, sine ulla subscriptione testamentum valere.

At enim prius et subscriptionem et obsignationem requirebamus. Resp. Satis videntur subscribere testes, cum priores subscriptiones recognoscunt et probant, exemplo militis. Nam si testamentum ante malitiam factum probet, tunc testamentum fecisse jure militari intelligitur, cum probarit, L. *Titius*, *in fin. D. de milit. testam.*

Sed in iis etiam hæc cautio est, ut et † 15
contestatio testatoris, de qua in secunda parte comprehensum est, et hæ subscriptiones et obsignationes testium, de quibus modo di-

dictum, hæc, inquam, omnia fiant simul eodemque tempore, ut est in vers. *in omnibus*, *cir. fin.* Simul hæc peragenda sunt, idest, omnibus testibus præsentibus. His autem verbis hoc continetur, quod est in L. *qui testamento*, §. *ult. D. h. t.* Nempe omnes testes durare debere, donec suprema contestatio peragatur. Hic exceptum est, nisi casus aliquis, et contagio testem occuparit, propter quam fiat, ne cæteri testes ejus contagione infici velint. Hoc casu conjunctio testium remissa est, ut licet is, qui in eum morbum incidit, subducatur, vel cæteri secedant; nihilominus tamen testamentum recte peragatur.

Et hæc est sententia L. *casus sup. h. t.* Quo loco notandum est, propter hunc casum contagionis solum remitti conjunctionem testium, ne sit necesse omnes simul eodem loco manere. Cætera autem solemnia non remitti, ut illic scriptum est. Unde intelligimus testem, qui ita in morbum incidit, non prius subduci posse, quam contestationem testatoris audiverit, et ea audita testamentum obsignarit, et subscripserit.

Præterea superiora peragi debent eodem tempore. Id autem est, quod dicitur in L. *heredes*, §. *ult. D. h. t.* Solemnia peragi debere uno contextu actus, sive actionis. Atque illic definitur, rem geri uno contextu, cum nullus extraneus actus intermiscetur, et adjicitur; extraneum eum videri qui ad testamentum non pertinet, etiamsi sit brevissimus. Ad testamentum pertinere actus extraneus intelligitur, qui ad declarandam, aut confirmandam voluntatem spectat, ut si memoriæ caussa quærantur a testatore codicilli, in quibus scriptum sit, de quo se admoneri velit; aut si desit atramentum, aut calami ad scribendum, vel signa, aut cera ad obsignandum, et hæc per aliquod intervallum requirantur, et parentur, qui ejusmodi actus est, is non extraneus intelligitur. Et quanvis brevis sit, placebat veteribus hunc interrumpere testamentum, quanvis quæ deerant, postea secuta essent adhibitis iisdem testibus subscribentibus obsignationibus.

16 Sed hoc posterius temperatum est † constitutione Justiniani in *L. antiquitas*, *infr. h. t.* qua cavet, ne extraneus actus noceret testamento, si duo concurrant. I. Si necessitas valetudinis, aut naturæ eum actum expresserit. II. Si sit is actus, quem constat natura brevem esse, veluti si civibus necessarius, aut potio, et medicamentum præbeatur ægroto, aut si venter exoneretur, et quæ sunt similia. Quod si testator in morbum aliquem inciderit, qui actionem interrumperet, placuit testamentum pro infecto esse, etiamsi testator una cum iisdem testibus ad reliqua testamenti peragenda redierit. Nec intererit, quantus morbus, longus, an brevis: nam etiamsi brevis fuerit: tamen eum talem futurum natura non constabat. His ita peractis, finis est, et consummatio testamenti, ut h. L. scriptum est, *vers. in omnibus*, illic, *finem autem*.

Atque hæc omnis observatio est usitata et solemnis, unde et quæ in hac observatione
† continentur, dicuntur usitato verbo So- 17
lemnia testamenti, quasi solita fieri, et observari jure communi et publico, *L. qui testamento*, §. *Servus*, §. *ult. D. h. t. L.* 1. *D. de injust. rupt.* Sed hæc necessitate exigente quibusdam in testamentis aucta sunt, in qui-
busdam relaxata. Aucta sunt hæc † in testamen- 18
to cœci, *L. hac consultiss. supr. prox. tit.* ubi exigitur præter scripturam testamenti, ut cœcus palam nuncupet voluntatem suam coram testibus: præter septem testes, exigitur octavus, qui dictante cœco excipiat testamentum, et iis quidem ex testibus non quivis, sed tabellarius, si sit in iis locis ejus copia.

Eadem relaxata sunt † tribus in generibus 19
testamentorum. I. In testamento rusticanorum: deinde in testamento parentum, quod fit inter liberos: tum in testamento posteriore, in quo quidem heredes, qui priori testamento scripti erant, et ab intestato succedere poterant, heredes instituti sunt. De testamento rusticanorum constitutum est in L. *ult. infr. h. t.* Qua constitutione in summa remisit Justinianus numerum testium rusticis, et subscriptiones; sed utrumque certa conditione. Numerum, ut quinque saltem testes adhibeantur, si plures in eo loco, in quo testamentum fit, facile reperiri non possint. Subscriptiones: si testes literarum periti, eo loco non reperiantur. Hoc accedere voluit, ut iis casibus duobus, rusticus palam enuntiaret voluntatem suam coram testibus. De testamento parentum inter liberos sequitur in *hac* L. *in* §. *ex imperfecto*, ubi testamenti genus exponetur. De posteriore testamento comprehensum est in *d.* L. §. *si quis autem*. Quartum † genus adjicere pos-
sumus, quo relinquitur aliquid ad pias caus- 20
sas, genus simile illi, quo pater testatur inter liberos.

Ad §.

Ad §. Ex imperfecto.

Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona: certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nulla haberi, sed liberis accrescere.

SUMMARIA.

1. *Imperfectum testamentum nullius esse momenti: nisi quod parentes inter liberos fecerunt: et quomodo quibusve testibus parentis esse testamentum probetur.*
2. *Imperfectum testamentum duplex.*
3. *Testamentum imperfectum parentum an valere debeat inter liberos.*
4. *Et qui verbo* parentum *comprehendantur.*
5. *Pater non potest testamento imperfecto liberis tutorem dare.*
6. *Item nulli præter liberos quidquam eo testamento relinquere.*

Hic statuitur ea sententia, quæ supra multis modis confirmata est: imper-
1 fectum testamentum, idest, † cui aliquid ex solemnibus superioribus deest, nullius momenti esse. Huc pertinet *L.* 3. *et* L. *testandi, supr.* Excipitur hic testamentum imperfectum, quod parentes inter liberos fecerunt, id valere placet. Sed *inter liberos* dixi, in quo quærendum est, quale testamentum hic valeat; quorum, inter quos, et quatenus valeat. Placet valere imperfectum testamentum. Id hoc loco imperfectum dici constat ex præcedentibus, in quo solemnia juris defuerunt. Proinde sive subscriptiones, sive subsignationes desint testium, sive justus numerus, sive hæc omnia simul, nihilominus tamen testamentum valere. Quod sic accipiendum est, dummodo prius constet testamentum parentis esse, quod ita constabit, si probetur legitimis probationibus, ut de militis testamento responsum est. L. *Lucius*, *D. de milit. test.* Idque ex regula juris certi, qua efficitur unumquemque quod dicit, probare debere, actore autem non probante reum absolvi, L. 2. *D. de probat.* L. *qui accusare*, *supr. de edend.*

Legitimæ probationes in hac re sunt instrumenta, et testes. *L. in exercendis*, *sup. de fid. instrum.* Ergo sola scriptura parentis de divisione bonorum inter liberos sufficit, si modo constet esse scriptum patris, et præterea voluisse patrem in ea voluntate decedere, de quibus si erit controversia, testibus rem probare oportet, qui fidem facient etiam sine ulla scriptura. Si quæritur, quot testibus ad eam rem sit opus, utemur in eo regula juris, ubi numerus testium non adjicitur, duos sufficere, L. *ubi numerus*, *D. de testibus.* Inter hos etiam mulier recte admittetur. Nam quod dicitur mulierem ad testamentum adhiberi testem non posse, L. *qui testamento*, §. *mulier*, *D. h. t.* de iis testamentis dicitur, quæ ex solemnibus juris peragenda sunt. Nam inter solemnia testamenti numerandum est, quod mulier a testamento removetur, §. *testes autem*, §. *sed cum paulatim*, *Instit. h. t.* in testamento autem imperfecto, de quo hic, solemnia juris non spectantur, et extra solemnia recte adhibetur testis mulier in negotiis omnibus. *d. L. qui testamento*, §. *qui mulier.*

Sed an omne imperfectum testamentum valebit ex hac constitutione? Nam imperfectum † duplex est, quoddam imperfectum 2
est a solemnibus, in quo solemnia testamentorum defuerunt, de quo hic præcipue: quoddam imperfectum est a voluntate, cum testator voluntatem, quam instituerat testari, non perfecit, ut cum is volebat tres heredes instituere, quibusdam institutis obmutuit, *L. si is, qui testamentum, D. h. t.* Hoc posterius genus constat itidem, ut prius jure communi non valere. *d. L. si is, qui testam.* D. *h. t.* Hoc † quærimus, an si sit 3
testamentum patris, valere debeat inter liberos? Nam hæc constitutio generale scriptum est de omni testamento imperfecto. Distinguemus: nam si heredes a testatore omissi

si extranei fuerint, nihilominus testamentum valebit inter liberos institutos. Quoniam etsi extranei isti scripti essent, tamen pro non scriptis haberentur ex hoc §. Proinde non expectabimus, ut instituantur, non enim nocet factum non esse, quod si factum esset, nihil prodesset. L. *si quis ita scripserit*, D. *de hered. instit.* Quod si parens ex liberis, quos instituere volebat, quosdam omisit voce interclusa, testamentum re inter eos quidem, qui instituti sunt, valebit, sed non in solidum; idcirco quia parens noluit; non enim voluit institutos solos esse heredes; quod tamen futurum erit, si testamentum valere dixerimus.

Non adversatur hæc constitutio. Observandum est enim non dici imperfectum testamentum valere inter liberos, sed dici ex imperfecto testamento valere voluntatem. Quo verbo efficitur, si quid parens voluit, id servandum esse propter voluntatem. Sed quodcunque testamentum parentum imperfectum erit, id valebit cum ea exceptione, quæ traditur in *Auth. quod sine*, *infr.* Testamentum imperfectum valet, sed parentum dixi.
4 Valet autem parentum omnium: proinde † non tantum patris, sed etiam matris, et omnium ascendentium, qui parentum verbo continentur. *L.* 4. *et seq. D. de in jus voc. L. Jurisconsultus*, §. *parentes*, *D. de grad. affin.* Ergo et qui in potestate parentis non sunt liberis recte imperfecto testamento hic relinquitur; nam constat matres liberos in potestate non habere, §. *fœminæ*, *Instit. de adopt.* ergo et naturales, et vulgo quæsitos mater recte instituit testamento imperfecto; nam et mulier parens est, et hi in numero liberorum. *d. L.* 4. *in fin. et* L. *seq. de in jus voc.* §. *novissime*, *Instit. de senatusconsult. Orfit.*

Hoc testamentum valet, sed inter liberos dixi: his verbis duo excluduntur. Primo tutores hoc testamento dati; jure publico pater recte testamento tutorem dat liberis, quos in potestate habet, *L.* 1. D. *de testam. tut.* L. *verbis legis*, *de verb. sig.* Sed † imper- 5
fecto tastamento frustra dederit, *L. qui a patre*, *D. de confir. tut. L. impuberes, D. de administr. tut.* Hoc jus cum ante hanc constitutionem valuerat, non modo non mutatur hac constitutione, sed statuitur maxime. Nam hac constitutione non admittitur voluntas patris, nisi inter liberos. Tutoris autem datio non constituitur inter liberos solum, sed inter liberos, et tutorem. Excluduntur præterea hi, † quibus aliquid imperfecto te- 6
stamento relictum est, quod hic expressum est. Nihil adversus hanc partem facit *L. peto*, §. *mater*, *D. de legat.* 2. nam illic mater quidem testamento liberos heredes instituit, extraneo fideicommissum relinquit, et fideicommissum valet; sed ideo, quia testamentum matris perfectum erat. Nec obstat, quod illic dicitur tutor inutiliter datus esse, qui eo testamento a matre datus esset; non enim ideo tutoris datio illic inutilis est, quia testamentum imperfectum esset matris; sed quia mater liberis, quos in potestate non habet, tutores testamento dare non potest. L. 1. *D. de confir. tut.* Sed tamen et hæc pars excipienda est cum exceptione, quæ traditur in *Auth. seq. quod sine.* Ad extremum imperfectum testamentum inter liberos eam habet vim, ut alio testamento infirmari non possit, nisi ea intervenerint, de quibus cavetur in *Auth. hoc inter infr.*

Ad Auth.

Ad Auth. Quod sine.

Quod sine subscriptione ita procedit, si parens literas edoctus, manu propria, non signis, sed literarum consequentia declaret et tempus, et liberorum nomina; item et unciarum numerum, seu signa rerum specialium: in quo et aliis legari, et fideicommitti, et libertas relinqui potest.

SUMMARIA.

1. *Rerum nexus et continuatio.*
2. *In testamento imperfecto inter liberos scripto quatuor exigi hic a Justiniano, et quæ.*
3. *Quatuor hæc minime desiderari in testamento nuncupato inter liberos.*
4. *Testamento parentis inter liberos imperfecto scripto an tutoris datio valeat, exemplo legatorum.*

1 UT superioris constitutionis † de imperfecto testamento duæ sunt partes; ita totidem sunt in hac constitutione nova exceptiones, singulæ ad singulas partes superiores pertinentes. Priore parte hoc cavebatur, testamentum imperfectum sine exceptione valere inter liberos. Id Justinianus ita temperat, nisi testator voluntatem scripto declaret. Nam in testamento scripto Justinianus
2 † hæc exigit quatuor, sine quibus testamentum non valebit. Primum vult exprimi tempus, quo testamentum scriptum est. Deinde vult exprimi uncias et res, quas velit inter liberos distributas Tertio hæc exprimat plenis literis, non vacuis. Postremo ipsum testatorem hæc omnia manu sua scribere vult, sed nullam conditionem adjicit, si parens velit testamentum scribere, sed generaliter cavet, ut hæc faciat. Eodemque modo constitutio concepta est in *Novell. de test. imperf.* §. 1. unde hoc fragmentum scriptum est.

Hinc merito dubitatum est, an ut constitutio generaliter scripta, ita generaliter accipi debeat: ut non aliter ratum sit testamentum imperfectum inter liberos, quam si ea parens observavit, de quibus hic cautum est, sive testamentum scripto complecti velit, sive nuncupare. Non temere est, quod quidam verba existimarunt ita generaliter in constitutione esse accipienda, quandoquidem
3 ita scripta est. Sed † probo sententiam communem eorum, qui putant constitutionem hanc Justiniani solum accipiendam esse de his parentibus, qui scripto testari velint, inter liberos, ut ab iis videlicet in eo scripto hæc necessitas exigatur, de qua *h. t.* Quod facile colligitur ex præfatione, qua usus est Justinian. in *d. Novel. de test. imperf.* Nam illic diserte profitetur se in veteribus legibus, quæ sunt de imperfecto testamento parentis, qualis est L. *ult. sup. fam. ercis.* Quam præcipue notat, se, inquam, in illo reprehendere, quod scripturas quasvis admiserit, etiam in quibus voluntas testatoris manifesta non esset.

Eam igitur incertitudinem Justinianus improbavit, ac proinde ad eam incertitudinem solum suam constitutionem retulit. *arg.* L. *Titius*, §. 1. *D. de verb. oblig.* Proinde extra hanc incertitudinem valere voluit Justinianus, quidquid prioribus legibus constitutum est. Necesse est enim manere, quod mutatum non est. L. *præcipimus, in fin. inf. de appell.* Solum autem in scriptura hæc incertitudo metuenda est, ubi res notis scribi possunt, verba truncata esse, res partim ab testatore scripta, partim ab alio. Ea autem incertitudo in testamento nuncupativo metui non potest, ubi nullæ sunt notæ, sed voluntas lingua testatoris nuncupatur, non duo loquuntur, sed unus testator, non dimidiata verba sunt, sed plena voluntas pronuntiatur. Quare in ea voluntate nihil mutavit.

Altera parte superioris constitutionis cavetur, si quid relinquatur extraneis personis, id non deberi, sed liberis accrescere. Hoc quoque ita temperavit Justinianus, nisi legata, aut fideicommissa, aut libertates relictæ essent testamento ita scripto, ut supra comprehen-

4 prehensum est. Hinc quæri potest, an † testamento ita scripto etiam tutoris datio valeat exemplo legatorum? Quod existimari potest; nam ut legata relinqui possunt testamento, sic et tutor a patre dari. L. *verbis legis, de verb. sig.* Dicendum est hæc pariter recte relinqui imperfecto testamento, sed inter se non recte comparari, quoniam in legatis beneficium confertur in legatarium; in tutelæ datione oneratur tutor, beneficium auxilio, et interpretatione juvandum est, onus non item. L. *cum quidam, D. de lib. et posth.* Deinde omnibus legibus alterius conditionem meliorem facere possumus, deteriorem non possumus, L. *solvendo, D. de negot. gest.* Proinde quod hic de legatis cautum est, ad tutelæ dationem transferri non debet.

Ad Auth. Hoc inter.

Hoc inter liberos testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret se nolle tale testamentum valere, et aliam disponat voluntatem vel in testamento perfecto, vel in non scripta perfecta voluntate.

SUMMARIUM.

1. *Testamentum inter liberos quo pacto infirmetur et rumpatur.*

1 Testamentum inter liberos factum † alio testamento ab eodem parente facto ita rumpitur, si duo concurrant, nempe si posterius perfectum erit, deinde testatus sit parens, se a priore testamento recedere velle; prius commune est cum omnibus testamentis postea factis, posterius est hic singulare: nam jure publico posteriore testamento recte facto prius tollitur, etiamsi de priore mutando nihil adjectum sit in posteriore. §. *alio enim, Instit. quib. mod. test. infir.* L. 1. 2. *D. injust. rupt.* Hæc de imperfecto testamento parentis inter liberos facto dicta sunt. Idem una, et eadem humanitatis regula admissum est, in iis quæ ad pias caussas relicta sunt, de quo cautum est in *c. cum esses, et in c. relatum, de test.*

Ad §.

Ad §. Per nuncupationem.

Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alia valere sancimus, quam si septem testes (ut supra dictum est) simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis, audierint.

SUMMARIA.

1. *Testamenti nuncupativi ordinandi forma.*
2. *Testamentum nuncupativum in quibus conveniat cum testamento scripto, et in quibus ab eo differat.*
3. *Nuncupatio quæ continere debeat.*
4. *Nuncupare quid.*
5. Palam *quid significet hic et alias.*
6. *Testes in testamento nuncupativo an sermonem testatoris necessario intelligere oporteat.*
7. *Testes quare in testamento nuncupativo adhibeantur.*
8. *Testamenti nuncupativi fides an corruat quidusdam testibus defunctis.*
9. *Nuncupatorium testamentum an conficere liceat, aut probare per Notarium, adhibitis duobus, aut tribus testibus.*
10. *Instrumenta Notariorum acta publica non sunt, et cur publica dicantur. Acta et instrumenti quid differant.* ibid.
11. *De fide testamenti a Notario confecti cujusque regionis observanda consuetudo.*

PER nuncupationem etiam sine scriptura testamentum recte fit, ut initio
1 etiam proposuimus. Est autem † hæc forma hac in re constituta, ut testator septem testibus adhibitis, talibus, quales supra descripsimus, coram iis voluntatem suam nuncupet palam, ut exaudiri possit, idque eodem tempore, et eodem contextu actionis, de quo hic comprehensum est, et §. *ult. Inst. eod.* In quo observandum est, quædam hic esse utrique generi testamentorum communia, quædam discrepare. Communia sunt, ut testetur coram iis eodem tempore, eodemque contextu, ut *h. t.* Quid autem hæc valeant,
2 supra satis exposuimus. Discrepat † autem nuncupativum testamentum a scripto duabus rebus, scriptura, et nuncupatione. Scriptura, quia nuncupativum testamentum scripturam non desiderat, ut iisdem locis supra dictum. Veluti si cœcus testamentum faciat, ut in L. *hac consultiss. prox. tit.* Nuncupatione, quia cum testamentum scribitur, non necesse habet testator voluntatatem suam proferre coram testibus, ut supra cautum est in *pr. h. t. constit.* At cum sine scripto testamentum fit, testator id omne, quod fieri vult post mortem suam, coram testibus nuncupare debet, *d.* §. *ult. Instit. h. t.*

Nuncupatio † hæc habere debet, ut testa- 3
tor, quod fieri vult, nuncupet palam, et ita, ut exaudiri queat a testibus, L. *heredes palam, D. qui test. fac. poss.* Nuncupare
† est lingua pronuntiare, ut indicat L. *si* 4
is, qui test. D. h. t. ubi *heredes nuncupare, et heredes pronunciare*, pro eodem usurpantur, declarat etiam lex 12. tabularum, quam refert Cicero *lib.* 3. *Offic.* qua jubebat a venditoribus ea præstari, quæ lingua essent nuncupata, id quod ædiles in edictum suum transferentes, postea ita expresserunt, ut juberent præstari, quæ dicta, promissave es-
sent. L. 1. *D. de ædil. edict.* Palam † duo 5
significat. Primo idem valet, quod publice, ut cum dicimus aliquem palam quæstum fecisse, aut facere, L. *palam, D. de ritu nupt.* ut cum dicimus aliquid palam proscribendum esse, in L. *sed si pupillus,* §. *proscribere, D. de institor.* Secundo valet etiam idem, quod aperte et clare, ut exaudiri possit ab iis, qui adstant, significatione ex priore dicta, cum illa fiant maxime aperta, quæ fiunt publice, ex quo illa sunt in edicto ædil. *venditores, quid vitii morbive cuique sit palam,* et *recte pronuntiato:* palam, idest, clare, ut intelligantur, *recte*, idest, sine dolo malo.
Prior significatio huic loco non convenit, agi-

agitur enim de testamento, quod fit intra privatos parietes coram privatis testibus, quibus satis est testamentum publicum fieri, ut loquitur L. *omnium*, *sup. h. t.* bene igitur Ulp. in *d.* L. *heredes palam*, hic palam ait non significare in propatulo. Restat igitur, ut hoc exigi intelligamus, ut testamento voluntatem nuncupet clare et aperte. Exigitur ut id, quod nuncupat, exaudiatur a testibus, ut *h. t. et in d.* L. *heredes palam.* Quo verbo id exigi intelligitur, ut etiam te-
6 stes † sermonem testatoris intelligant. Frustra enim exauditio est, si auditum non intelligas. Et quidem non intelligitur fieri aliquibus præsentibus, quod non fit iis intelligentibus, L. *coram*, *de verb. sign.* multo minus aliquibus præsentibus, et audientibus fieri intelligitur, si illis intelligentibus non fit.

7 Postremo videndum est, quamobrem † testamento nuncupativo adhibeantur testes. Adhibentur, ut postea testimonium dicant, quid audiverint, quidve testator dixerit; hoc nisi prius intellexerint, de eo testificare non possunt. Cur ergo hic laboramus? Quia in L. *qui testium*, §. *ult. D. h. t.* est scriptum: in testibus non exigere nos intelligentiam sermonis testatoris, si aliter intelligant se ad testamentum esse adhibitos. Sed illud est de testibus, qui ad testamentum scriptum adhibentur. Longe alia caussa est nuncupativi. Nam in scripto voluntas, vel nutus defuncti non dependet ex testimonio testium, sed ex scriptura testamenti, qua continetur, et declaratur ejus voluntas, solum exigitur, ut ea scriptura confirmetur, et voluntatis postea facit fidem. Confirmatur autem obsignatione et subscriptione testium, non autem sermonis peritia, cum non sit necesse testes ea scire, quæ sint in testamento scripta. At nuncupativum, quoniam scripturam non habet, necesse est probare testibus, qui dicant, quid testator se fieri velle dixerit.

8 Sed si fides † nuncupativi testamenti posita est in testimonio testium, quid fiet, si quidam ex testibus postea decesserint, aut aliqui servi facti sint, aut etiam furere cœperint, ut jam non possint testes esse? Respond. Testamentum vim suam non habebit, non quia jus deficiat, sed quia deficiat probatio. Valuit enim et valet, sed non probatur, juxta L. *duo sunt*, D. *de testam. tut.* Hinc apparet periculose nos hoc modo testari, ut solum coram testibus voluntatem nuncupemus, ut conservetur memoria, et fides testamenti.

Inde quæsitum est, liceretne † nuncupativum conficere, aut probare per Notarium, 9
adhibitis duobus, aut tribus testibus? Resp. Si de jure quæritur, non licet, et aperte repudiatur hæc testandi forma in L. *omnium*, *supr. h. t.* ubi triplex tantum forma testandi recipitur, si testamentum insertum sit precibus principi oblatis, aut actis judicis insinuatum, aut publicatum coram septem testibus. Testamentum confectum per Notarium non est in hoc numero: nam neque hic judex est, neque acta apud eum conficiuntur, multumque ad fidem istarum rerum interest inter acta publica, et instrumenta Notariorum. Acta sunt publica monumenta, quæ testes nullos desiderant, L. *in donationibus*, *infr. de donat.* Instrumenta † Notariorum non 10
sunt acta publica. Argumento est certissimo, quod hæc non valent, nisi adhibitis aliis testibus. *Novell. de instrum. cautela*, §. *sed et si instrumenta.* Instrumenta Notariorum quidem dicuntur publica, et publice confici, sed hoc sensu, quia a persona, cujus munus est publicum, fiunt. Non autem ideo, quia fidem, et auctoritatem publicam habent, alioqui non desiderarent alios testes. *d.* L. *in donationib.* Nihil ad confirmationem contrariæ sententiæ facit, *d.* L. *in donat. infr. de don.* aut L. *ult. supr. arbit. tut.* Nam *in* L. *in don.* agitur de actis publicis, in *L. ult.* agitur de inventario rerum pupillorum, quod et ipsum conficitur per magistratum. Jam dixi multum interesse inter instrumenta Notarii, et acta publica. Si consuetudine † cujus- 11
que loci aliud receptum est, hic hærendum non est, quia consuetudo servanda est. L. *de quib. D. de legib.* Quid autem ubique observetur, unaquæque regio nos docebit.

Ad §.

Ad §. Si quis autem.

Si quis autem testamento jure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum: non alias quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, jure fuerit consummatum. Nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem, vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur, eo enim casu licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundum ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus: in qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt: quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.

SUMMARIA.

1. *Perfecti testamenti vis quæ sit.*
2. *Perfectum testamentum quando et quibus modis rescindatur.*
3. *Testamento alio facto cur non prius potius valeat, quam posterius: et si testator de priore mutando nihil dixit, cur non utrumque valeat.*
4. *Et quid si posteriori nominatim caverit, ut prius testamentum etiam valeret.*
5. *Imperfecto testamento posteriore prius jure factum non rumpi.*
6. *Excipitur unica species et quæ sit.*
7. *Testamentum prius, quod jure valuit, utrum posteriore testamento imperfecto rumpatur, et quomodo distinguendum.*
8. *Contraria diluuntur.*

EXpositis duobus generibus testamentorum, quæ jure communi recte perficiuntur, commodissime subjicitur hoc loco vis perfecti testamenti, et item imperfecti, cum de mutanda voluntate prioris testamenti agitur. 1 Perfecti vis hæc est, † ut revocari non possit, ne alio quidem testamento, nisi jure perfecto. Adjicitur exceptio una, in qua etiam imperfecto testamento prius, quanvis perfectum tollitur. Sed *una* dixi, ut videantur omnia imperfecta testamenta removeri: in quo etiam statuitur tacite vis hujus imperfecti testamenti, quod huc pertinet, ut prius testamentum rescindatur. Sed hæc omnia multas cautiones habent, neque sunt perpetua. Proinde ut de hac mutatione tota liqueat, et hic locus simul plane intelligatur, de hac re sic habendum est.

2 Testamentum † semel perfectum non ideo rescinditur, quia testator id se valere nolle dixerit: usque adeo, ut quanvis cœperit aliud testamentum facere, si tamen non perfecerit, nihilominus priores tabulæ valeant, ut et heredum institutiones ratæ sint, et legata inde debeantur, §. *ex eo solo*, *Instit. quib. mod. test. infirm.* Hujus juris una exceptio est constituta in L. *sancimus*, *infr. h. t.* Nisi decennium totum post confectionem testamenti effluxerit, quod testamentum testator dixit, se valere nolle. Sane si testator non solum dixit se prius testamentum valere nolle, sed etiam adjecit elogium heredi, qui eo scriptus esset testamento, placuit eo probato hereditatem heredi auferri tanquam indigno, et fisco adjudicari, L. *hereditas*, *infr. de iis*, *quib. ut indig.*

Sed hoc argumentum est potius prius testamentum valere; non enim aufertur hereditas heredi scripto, nisi prius eo testamento heres scriptus esset. Non obstat huic sententiæ, quod dicitur, ambulatoriam esse voluntatem testatoris, usque ad extremum spiritum; L. 4. *D. de adim. leg.* ambulatoriam enim esse, et mutari posse non negamus, sed volumus id legitime fieri, non fit autem nuda voluntate, cum de testamento imperfecto hic agitur. Quod si ad voluntatem etiam factum ejus aliquod contrarium accesserit, hic

hic prius testamentum rescindi potest. Id autem contingit dupliciter, partim mutatis prioribus tabulis, quas rescindi volumus; partim iis integris manentibus. Mutatione tabularum testamenti, si testator consulto eas mutabit, testamentum rescinditur. Id autem accidit iis modis, si tabulæ conscindantur, L. *pen. infr. h. t.* L. *qui ex liberis*, §. *ultim. de bon. poss. secundum tab.* L. 1. §. *sed si consulto, in fin.* D. *de his, quæ in testam. del.* L. *ult.* D. *de lib. et postu.* Idem juris est, si signa amoveantur, aut turbentur, *d.* L. *ultim. infr.* L. *ad testium*, §. *si signa*, *D. h. t.* Idem est si tabulæ deleantur, aut cancellentur. *L.* 1. §. *si heres*, *D. si tab. testam. nul. exstab.* Hæc eo recepta sunt, quia testamentum constat materia, scriptura, et signis testium, ut consequens sit iis remotis, quibus testamentum stabat, testamentum rescindi, nempe modis contrariis, juxta regulam L. *nihil tam naturale*, *D. de reg. jur.* Integris tabulis nihilominus testamentum rumpitur, si aliud testamentum factum erit, et jure perfectum, ut *h. t. et* §. 1. *quibus modis test. infr.* L. 1. *et* 2. D. *de injust. rupt.*

3 Sed cur alio testamento † facto, ex duobus non potius prius valet? Respondeo, semper ex duabus voluntatibus de eadem re concurrentibus novissima servatur, quia sola placuit; valetque hæc regula et in testamentis, et in conventionibus, L. 12. §. *ult. D. de legat.* 1. *L. quod traditum*, *D. de cond. et demonst.* L. *pacta novissima*, *supr. de pact.* Sed si testator de priore testamento mutando nihil dixit, cur non utrumque valet: cum nec quidquam prohibet, quo minus ex ea voluntate utrumque possit valere? Respondeo primum hoc ipso, quod novum testamentum instituit, existimatur a priore recedere; nam nisi id improbaret, in eo maneret. Deinde alio testamento facto declarat se in priore aliquid desiderare, eoque perfectum non esse, nullum autem testamentum valet, quod ex voluntate testatoris non perficitur, *L. si*
4 *is qui testam. D. eod.* Sed † quid si testator posteriori testamento nominatim caverit, ut prius testamentum etiam valeret? respondeo: Hæc voluntas servabitur, et prius testamentum valebit, non tanquam ex priore testamento, quod ruptum est, nam plus valere non potest; sed tanquam testamento posteriore scripta essent, quæ priore sunt comprehensa, *arg.* L. *asse toto*, *D. de hered. instit.* Sed, ut dictum, et superioribus locis
5 expressum est, placet † prius testamentum alio testamento rumpi, si posterius jure perfectum sit; perficitur jure id, ex quo heres exsistere potuit. *L.* 1. *D. injust. rupt.* Id quam vim habeat, declaratur dilucide in §. 1. *Instit. quibus mod. test. infirm.* Ergo imperfecto testamento posteriore prius, quod jure factum sit, non rumpitur.

Hujus juris una † exceptio est hoc loco 6
tradita. Est autem hujusmodi, si posteriore testamento ii heredes instituti sunt, qui et sine testamento vocabantur ad legitimam hereditatem defuncti. De hac exceptione prius videamus; deinde cogniturі, an hæc sola sit exceptio in hac re. Ad primum, cum idem jus obtinuerit olim longe ante tempora hujus constitutionis, ut constat ex L. 2. *de injust. rupt.* hic statim occurritur, quid opus fuerit hac constitutione Imperatoris? Respondeo: Attendenti apparent duo hic nova constituta esse ab Imperatore, aut certe ita esse comprehensa, ut aliis locis deessent. Nam ut hujusmodi testamento imperfecto, in quo legitimi heredes instituti sunt, prius testamentum rumpatur, constitutio hæc duo nominatim exigit: Primum ut priore testamento rite facto alii heredes instituti sint, qui ab intestato succedere non poterant. Ex quo colligimus, si iidem heredes, et priore etiam testamento fuerint instituti, posteriore imperfecto prius non rescindi, sed prius integrum manere, quod utile est scire, non propter heredes, qui ex utroque testamento pariter vocantur, sed propter legata et fideicommissa, quæ etiam jure debentur, quæ alioqui non deberentur, si prius testamentum ruptum esset.

Alterum exigit constitutio, ut posterius testamentum saltem habeat *quinque testium in ea voluntate juratorum depositiones*, in quibus verbis consequens seu effectus positus est, ut ex eo antecedens et caussa intelligeretur. Est enim hic sensus: in hac voluntate adhiberi debere quinque testes, a quibus deinde nascentur deposititiones de ea voluntate, ut apud judicem de testamento interrogati testimonium dicant, et dicant jurati. In quo hic nihil singulare constituitur, sed eo dicitur: quia nulli testes ad testimonium audiuntur in judicio, nisi jurati, *L. jurisjurandi*, *supr. de testib.* Vis autem hujus imperfecti testamenti observanda est. Placet enim sic valere, sed ut supremam et intestati voluntatem. Quibus verbis significatur hoc testamentum valere ad hoc, ut prius rescindatur, cæterum ipsum per se non valere. Ex quo intelligimus, si quid eo testamento sit relictum non deberi, *L. ex imperfecto*, *sup. h. t.* §. *ult. Instit. quib. mod. test. infirm.*

Observandum est autem, hoc unum tantum

tum genus testamenti imperfecti posterioris excipi, quo prius testamentum infirmetur. Quod cum fit, existimari potest, unum hoc tantum genus excipiendum esse, aut si alia excipiuntur, non recte hic unum tantum excipitur. Respondeo, ut est propositio hujus constitutionis: unum hoc genus tantum testamenti posterioris recte excipitur. Nam hic agitur de duobus testamentis, quorum prius jure communi perfectum sit, posterius ita imperfectum, ut jure communi non valeat. Hæc duo cum concurrunt, nunquam posteriori imperfecto testamento prius rumpitur, nisi uno hoc casu, cum posteriore testamento heredes legitimi scripti sunt. Et bene hic unus tantum casus hac constitutione comprehensus est. Sed fieri potest, ut prius testamentum sit jure militari factum, non jure communi. De hoc testamento sic cavendum est: quocunque modo testator aliud testamentum facere postea cœperit, si non perfecit, prius rescindi, etiamsi posterius nullo modo valeat.

Exempli gratia, miles in militia jure militari testamentum fecit, is militia missus est. Prius testamentum, quod fecit etiam jure militari, valet intra annum tantum, §. *sed hactenus*, *Inst. de testam. milit.* Hoc dicimus: hunc militem intra eum annum quocunque modo aliud testamentum faciat, prius quod jure militari valebat, rescissum esse, *L. ejus*, §. 1. *D. de milit. testam.* Atqui prius testamentum non minus valebat, quam si jure communi factum esset, *L.* 1. D. *de testam. milit.* Ut igitur id rescinditur alio testamento, quod non valeat potius, quam si jure communi factum esset? Respondeo testamentum jure militari factum etsi valeat, tamen nihilominus imperfectum esse. Ideo enim jure singulari confirmari oportuit, quia imperfectum erat. Imperfectum facilius tollitur juxta reg. jur. *Nihil tam naturale, etc. et L. fere*, *D. de reg. jur.*

Sed hæc ad omnia testamenta priora, quæ imperfecta sunt, et nihilominus valent, non pertinent. Nam et testamentum parentis inter liberos factum imperfectum esse potest, neque id rescinditur testamento imperfecto, *Auth. hoc inter*, *supr.* Quod si prius testamentum jure communi perfectum erit, et posterius imperfectum jure valebit, non minus prius testamentum rumpetur per posterius, quam si posterius jure communi perfectum esset, ut puta si posterius jure militari factum erit, prius rescindetur. Neque distinguemus, utrum prius jure militari factum esset, an jure communi; quia, ut dixi, posterius non minus valet, quam si jure communi factum esset, L. 2. *D. de injust. rupt. dict. L. ejus*, *qui in fin. D. de milit. testam.*

Ex his si quæritur in universum, utrum
† prius testamentum, quod jure valuit, posteriore testamento imperfecto rumpatur, di- 7
stinguemus. Primum videbimus prius testamentum utrum jure militari factum sit, an jure communi. Si militari: quacunque voluntate contraria, quocunque testamento imperfecto, prius rescindetur, quia et prius imperfectum erat. Sin prius jure communi valebit: et hoc rumpetur posteriore imperfecto, si aliquo jure valuit, etiamsi militari; quo exemplo multo magis idem admittemus, si posterius factum sit inter liberos. Quod si et prius jure communi valebit, et posterius imperfectum ipsum per se non valebit, prius nunquam rescindetur, nisi hi heredes instituti erunt, de quibus hic constitutum est.

Nihil adversus hanc distinctionem, et sen-
tentiam totam faciunt † loci citati ab Ac- 8
cursio, tanquam in quibus dicatur, etiam aliis casibus posteriore imperfecto testamento prius rumpi. Leges hæ sunt, L. *cum quidam*, D. *de iis*, *quib. ut indign.* L. *pen.* §. *ult. D. de condit. instit.* L. *Clodius*, *de acquir. hered.* Nam in *L. cum quidam*, tantum abest, ut posterius testamentum imperfectum rumpat prius in specie illius loci, ut ne sic quidem rumpat, quanvis jure perfectum fuerit posterius. Quoniam priore testamento heredes incapaces instituti erant, a quibus hereditas tanquam indignis aufertur, quæ non auferretur, nisi prius heredes essent ex eo testamento, de qua specie commodius dicetur *infr. ad* L. 1. *de hered. instit.* in L. *penult. D. de cond. Instit.* aperte dicitur, codicillis, seu imperfecto testamento, conditionem institutioni adjici non posse, idest, institutionem priore testamento pure factam alio testamento mutari non posse, in quo idem heres institutus sit sub conditione. In quo hoc statuitur, posteriore imperfecto prius non mutari, id quod nunc dicimus.

Utitur autem Modestinus in ea re hoc argumento: nam cum posteriore testamento testator adjicit conditionem, vult in defectum conditionis hereditatem adimi heredi prius scripto. At, *codicillis hereditas neque dari*, *neque adimi potest*, inquit. Unde conclusio facile ipso tacente intelligitur. Ergo ea conditio posteriori testamento frustra adjicitur. Neque mutatur prius testamentum in L. *Clodius*, *D. de acquir. hered.* Prius testamentum rite factum posteriore testamento imper-

fecto non tollitur, id quod evidenter apparet ex eo, quod ibi quæritur, an heres priore testamento institutus ideo non possit ex eo testamento heres esse, quia videatur ex eo testamento hereditatem repudiasse: si prius testamentum ruptum esset, hereditas ad scriptum non pertineret, sive repudiasset, sive adire vellet. Quare illis locis superior sententia confirmatur.

Ad vers. ult. Illud etiam.

Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam Græce omnibus liceat testari. Dat. Id. Sept. Theodosio XVII. et Festo Coss.

SUMMARIA.

1. *Testari licet quacunque lingua, quibuscunque verbis: modo intelligatur voluntas testantis.*
2. *Notis scriptæ tabulæ non valent.*

IN scriptura, aut pronuntiatione supremæ voluntatis solum hoc spectatur, ut intelligatur, quod dixit, scripsitve testator, argum. L. 2. *D. de his, quæ pro non scri-*
1 *pt. habentur.* Proinde † quibus verbis testator utatur, aut qua lingua, dummodo ejus voluntas intelligatur, nihil interest. De verbis cautum est in L. 2. *supr.* de lingua hic
2 cavetur. Notis † scriptæ tabulæ non valent. L. *si cum patrono*, §. *ult. D. de bon. poss.* Quod superioribus non adversatur, quoniam notæ non intelliguntur; non enim notæ apud omnes idem valent, nullam denique significationem certam habent, natura sua, sed tantum valent, quantum scriptor illis tribuit, neque omnes iisdem notis eandem vim tribuunt.

Ad L. Dictantibus. 22.

Imp. Zeno A. Sebastiano *præfecto prætorio.*

Dictantibus testamenta, vel aliam quamlibet ultimam voluntatem, legatum vel fideicommissum, vel quodcunque aliud, quodlibet legitimo titulo testatorem posse relinquere, minime dubitandum est. Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo libito quod voluerit testator relinquere non prohibetur. Datum Calend. Maii, Constantinopol. Basilio juniore, V. C. Coss.

SUMMARIA.

1. *Dictanti testamentum recte ex eo testamento legatur.*
2. *Per dictantes quid hic intelligatur.*
3. *Is dictat, qui per alium dictat.*
4. *Testibus ad testamentum adhibitis legari potest, et quare et n.* 6.
5. *Res propria quæ dicatur.*

1 DIctantibus † testamentum recte eo testamento legatum datur. Dubitatio ex eo nata, quod scribenti testamentum inutiliter relinquitur. Si quid enim ei relinquitur, ipsum oportet sibi legatum adscribere, cum ipse totum testamentum scribat. Nemo autem per

per leges sibi quid testamento adscribere potest; non abest enim ea res a suspicione falsi. L. 2. *infr. qui sib. adscrib. in testam.* Hic non immerito dubitatum est, an non idem probandum sit in eo, qui testamentum dictet? Placuit non idem esse; quia non si aliquis dictet legatum aliquod, continuo ex ea dictatione id scribit, nisi volente testatore.

Sed quomodo dictanti legari potest, cum testator ipse sit, qui dictet testamentum?
2 Respondeo: dictantes † hic intelligere debemus Notarios et quosvis formularios, idest, peritos formularum, quibus testamenta recte concipi solent, adhibitos a testatore ea gratia, ut testamentum recte dicent, approbante tamen et consentiente testatore. Neque eo mi-
3 nus testator dictare intelligitur. Is enim † dictat, qui per alium dictat, L. 2. D. *quæ vi, aut clam*, L. 3. §. *gessisse*, *D. de administrat. tutor.*
4 Potest † et testibus ad testamentum adhibitis legari, ut iidem et esse possint testes, et legatarii in testamento, §. *legatariis, Instit. eod. L. qui testamento, in princ. D. hic.* Diximus in L. *proxima* adversari. L. *nullus*, *D. de testibus*, L. *omnes supr. de testib.* ubi traditur: *neminem idoneum testem esse in re propria*, quæ verba, dubium non est, ad legatarios pertinere. Nam rem
† propriam dicimus, cujus commodum, vel 5
incommodum ad eum suo nomine pertinet; L. 1. *in propria*, *D. quando appelland. sit.* constat autem sive testamentum valeat, sive non, ejus rei commodum, aut incommodum ad legatarium pertinere. Commode dicimus
ex hac regula † excipi legatarios, ut singu- 6
li pro testamento recte testimonium dicant, quamvis postea legatum percepturi. Idcirco, quia eorum testimonium satis vindicetur ab omni suspicione falsi, ab aliis sex testibus, qui in eo testamento præterea adhibentur præter solemnitates, quæ ad vitandam omnem falsi suspicionem adhibentur.

Ad L. Consulta. 23.

Imp. Justinian. A. Archelao *præfecto prætorio.*

Consulta divalia, quibus considerare prospectum est, ne voluntates ultimæ deficientium in hac regia urbe confectæ apud alium aperiri possint, quam apud. etc.

Explicatur hic pluribus, quod paucis comprehensum est in L. *testamenta*, *supr.* ubi dictum.

Ad L.

Ad L. Ambiguitates 24.

Imp. Justinianus A. Mennæ. *præfecto prætorio.*

Ambiguitates, quæ vel imperitia vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse censemus: et sive institutio heredum post legatorum donationes scripta sit, vel alia prætermissa sit observatio, non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis, vel alterius, qui testamentum scribit: nulli licentiam concedimus per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere, vel minuere. Dat. Kal. Januar. D. N. Justiniano. A. PP. II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Ambiguitates quas vocet Justinianus.*
2. *Vitium scripturæ testamento non nocet, dummodo sententia testatoris intelligatur.*
3. *Vitium testamentorum duplex.*
4. *Heredis institutio dicitur caput et fundamentum testamenti, et cur.*
5. *Ordo rerum in testamento scribendarum inversus an vitiet testamentum.*
   Substitutio pupillaris non ex eventu tantum successionis spectatur, sed ex præsente forma, qua conficitur a testatore, ibid.
6. *Omisso verborum necessariorum in testamento an voluntati testatoris noceat.*
7. *Observationes ad testamentum jure constitutum omitti non possunt, neque in totum, neque ex minima parte, quin testamentum pro imperfecto sit.*
8. *Omissio verborum aliquot consulto a testatore, non errore omissa, an vitiet testamentum.*
9. *Testator si consulto inverterit ordinem Institutionis et legatorum, an nihilominus scriptura valeat.*

HIC jubet Justinianus tolli ambiguitates, quæ ex vitio scripturæ oriuntur.
1 Ambiguitates † vocat non incertitudines, quæ ex verbis ambiguis nascuntur, de quibus in constitutionibus non agit, sed more suo intelligit hoc verbo dubitationes veterum, sive alterius juris, quæ ex scriptura nascuntur, ut intelligi potest *ex* L. *ambiguitatem*, *sup. de usufruct.* Et certe conversio ordinis scripturæ, de qua postea agit, nullam ambiguitatem habet: hanc tamen controversiam subjicit illis ambiguitatibus, quas proposuerat.
2 Summa autem sententiæ est: vitium † scripturæ testamento non nocere, dummodo sententia testatoris intelligatur.

3 Vitium † duplex est; aut enim est in ordine scribendi eas res, quæ testamento relinquuntur, aut in verborum ad sententiam necessariorum omissione. Ordo naturæ in iis, quæ testamento relinquuntur, postulat, ut initium fiat ab hæredis institutione. Nam ab ea legata, et cætera in testamento pendent, ac sine ea nihil in testamento scriptura valet, L. 1. *in fin. D. de vulg. L. ult. D. de jur. codicill.* Unde et heredis institutio † dicitur *caput et fundamentum testamenti*, §. 4
ante heredis, *Institut. de legat.* Caput, quia regit cætera, quæ sunt in testamento: *fundamentum*, quia in hac tanquam in fundamento cætera consistunt.

Et hoc secuti veteres non putabant aliter testamentum scribi posse, quam si primo loco institueretur heres. Id Justinianus † mutat hac constitutione, quod pluribus verbis 5
explicat in §. *ante heredis.* Et recte. Neque hic quidquam fit adversus id, quod de heredis institutione dictum. Quocunque enim loco testamenti scriptus erit heres, ordine intellectus primo loco institutus intelligetur. Dum autem intelligatur, quid sit in re, scripturam magnopere attendere non oportet, L. *quidam*, D. *de pecul. leg.* Una tamen in specie controversia scripturæ nocet, cum scilicet pater filio impuberi exheredato prius heredem instituit; deinde secundo loco instituit heredem sibi, et ita prius facit testamen-

mentum filio, deinde sibi, L. 2. §. *prius*, *D. de vulg.* Sed hoc in hac specie receptum est, quia substitutio pupillaris non ex eventu tantum successionis spectatur, sed ex præsente forma, qua conficitur a testatore. Hæc forma exigit, ut pater prius sibi testamentum faciat; quoniam substitutio pupillaris sequela est paterni testamenti, ut est in *d.* §. *prius.* At cum heres instituitur, et legata relinquuntur testamento, in iis spectamus tantum ordinem, qui futurus est mortuo testatore. Successionis ordo facit, ut prius heredem esse oporteat, quam quidquam ex eo testamento debeatur.

6 Omissio † quoque verborum necessariorum voluntati non nocet, veluti si testator pro iis plenis, *Lucius Titius mihi heres esto*, scripserit truncatis verbis, *Lucius esto*, vel *Lucius heres*, vel simpliciter *Lucius.* Quod exemplum est L. *errore sup.* ubi dictum. Hoc intelligit Justinianus, cum vetat omnem observationem prætermissam voluntatem minuere, si ex vitio scribentis nascatur. Si simpliciter locutus esset de omni observatione prætermissa, esset sententia falsissima: nam

7 † observationes ad testamentum jure constitutæ omitti non possunt; neque in totum, neque ex minima parte, quin testamentum pro imperfecto sit, *L. si unus*, L. *testandi*, L. *hac consultissima*, §. 1. *in fin. et* §. *ex imperfecto supr.* Sed cum addidit, *Si ex vitio scribentis, etc.* voluit hac adjectione declarare, se intelligere omissionem, quæ sit in scriptura, idest, in verbis scripturæ.

Quid † si testator consulto, non errore 8
verba omiserit? Respondeo: nunquam existimandus est aliter omisisse, quam errore. Propterea quod, si voluerit L. Titium heredem esse, necesse est intelligi hæc verba; *L. Titius heres esto*, idque ex testatoris voluntate. Proinde, si omissa sunt, non ex voluntate, sed aut errore, aut negligentia ejus factum esse putandum est. Quid † si testator con- 9
sulto convertit ordinem institutionis et legatorum, idne constare potest? Respondeo, non minus scriptura valebit, *d.* §. *ante heredis*, nec repugnat constitutio, quoniam hæc adjectio, *non ex mente testatoris*, refertur ad observationem prætermissam, de qua prius erat sermo, non ad conversionem scripturæ, de qua prius dictum.

Ad L. Præposteri. 25.

Imp. Justinianus A. Mennæ *præfecto Prætorio.*

Præposteri reprehensionem, quam Novella constitutio divi Leonis in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus, quam testamentis tollimus: ut tali exceptione cessante, et stipulatio, et alii contractus, et testatoris voluntas indubitate valeant: exactione videlicet post conditionem vel diem competente. S. Datum VII. Id. Dec. Dn. Justiniano A. PP. II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio præpostere concepta repudiata a veteribus et quæ sit talis.*
2. *Amissa a Leone in caussa dotis.*
3. *Recepta a Justiniano universe in contractibus et testamentis.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Quid in præpostera stipulatione repudianda secuti sunt veteres; quid contra in admittenda Leo et Justinianus.*

1 Stipulationem præpostere conceptam † veteres in totum repudiant. Est autem præpostere concepta, cum stipulamur aliquid sub conditione, aut in diem, et nihilominus stipulamur idem hodie nobis dari. Hoc modo; *Si navis venerit ex Asia*, *hodie* 10. *dare spondes etc.* Stipulatio hæc in §. *item si qui*, *Instit. de inut. stip.* dicitur præpostera stipulatio, quia naturæ ordinem præcedit datio, sequitur eventus conditionis; cum secundum ordinem naturæ necessario prius oporteat consistere conditionem, deinde dationem se-

sequi, cum ante eventum conditionis nihil
debeatur, L. *cedere diem*, *de verb. oblig.* §.
sub conditione, *Inst. de verb. obl.*

Primus Leo Imperator hanc stipulationem
admisit in dotibus, ut est in *d.* §. *item si*
2 *quis.* Est autem † in dote hujusmodi: *Si*
mihi nupseris, *aut si Titia mihi nupserit*,
hodie 10. *dotis nomine dare spondeo.* Justi-
3 nianus auctoritatem Leonis secutus † in uni-
versum admisit hujusmodi stipulationes, non
tantum in dotibus, sed in aliis rebus omni-
bus. Eodemque exemplo admisit et legata
eodem modo concepta, veluti: *Si navis ex*
Asia venerit, *heres meus esto*, ex die aditæ
hereditatis ante duos tresve annos, postquam
adita hereditas est, nihilominus legatum va-
let. Id effectum est hac constitutione Justi-
niani, cujus summa refertur in *d.* §. *item*
si quis, *Instit. de inut. stip.*

Sed videtur neque Leo, neque Justinia-
4 nus † hujusmodi stipulationes, et legata ad-
mittere debuisse, aut etiam potuisse, hoc ar-
gumento: impossibilium nulla est obligatio,
L. *impossibilium*, *D. de reg. jur. L. si sti-*
puler, *de verb. sign.* Præpostera autem obli-
gatio impossibilis est. Itemque et legatum
præposterum. Nulla igitur hujus stipulationis,
aut legati obligatio esse potest, etiam per
rerum naturam. Stipulationem hanc esse im-
possibilem, ita constabit. Nam cum aliquid
promittitur sub conditione, ea est vis condi-
tionis, ut ejus eventus exspectari debeat, ut
nec quidquam ante peti possit, nec quidquam
deinde, *d. L. cedere*, *de verb. sign.* Cum
autem adjicitur, ut hodie detur, id agitur,
ut detur eo die, qui multo ante præteriit,
eo die per rerum naturam amplius dari non
potest; quoniam præteritus revocari non po-
test; impossibilis ejus diei præstatio, ac pro-
inde nulla stipulatio.

Respondeo pro eo tempore, quod condi-
tionis eventum antecessit, verum est, per
rerum naturam impossibilem præstationem es-
se. Proinde, et pro eo tempore nullam obli-
gationem esse verum est; sed postquam con-
ditio exstitit, jam pecunia pro eo tempore
præstari potest. Proinde pro eo tempore con-
traria caussa valebit. Et in summa, quatenus
præpostera præstatio est, rejicitur, quatenus
recta est et secundum naturam, eatenus ad-
mittitur stipulatio. Sed hic occurritur: Nam
pro eo quidem tempore, quod conditionis even-
tum sequitur, videtur stipulatio valere pos-
se: nihil enim in stipulatione valet, nisi
quod stipulatione comprehendimus; denique
nisi in id, quod consensum est, L. 1. §. 1.
quidquid, *D. de verb. oblig.* At in hac sti-
pulatione convenit tantum nominatim, ut ho-
die daretur, non convenit, ut daretur, post-
quam navis ex Asia venerit. Sed nec pro
eo tempore recte valebit, ut sic recte dici
possit, hanc stipulationem pro præcedenti
tempore non valere, quia jus et natura re-
fragatur. Rursus pro insequenti tempore non
valet, quia deficit consensus, *arg.* L. *si convene-*
rit, *D. de jurisdict.* L. *multum*, *in fin. sup.*
si quis alteri, *vel sibi.*

Respondeo: Verbis quidem non convenit
in hac stipulatione, ut daretur, postquam
conditio extitit; sed vi verborum, et senten-
tia contrahentium maxime convenit. Nam qui
stipulatur hodie sibi dari, non stipulatur ho-
die tantum per exclusionem reliqui tempo-
ris: sed stipulatur hodie sibi dari et omni-
bus diebus insequentibus, et in infinitum,
donec, quod debetur, solutum fuerit, alio-
qui obligatio semel contracta non esset per-
petua, nunc autem est perpetua, *L. obliga-*
tionum fere, vers. *placet*, *D. de oblig. et*
act. Secundum hoc recte dicetur pro eo tem-
pore, quod eventum conditionis antecedit,
nullam esse stipulationem, quia sit impossi-
bilis præstatio, ubi id tempus præterierit. At
pro eo tempore, quod sequitur stipulatio-
nem, valere, quia exinde et res præstari pos-
sit, et ea sit sententia stipulationis, ut præ-
stetur.

Veteres qui hanc † stipulationem repudia- 5
runt in totum, verba secuti sunt. Leo et Ju-
stinianus sententiam contrahentium. Ex qua
sententia stipulatio post conditionem et diem
recte valebit, et ideo observabimus solum
admissam esse stipulationem, et legatum pro
eo tempore, quod conditionem et diem se-
quitur, ut est hic in exemplo. Ex iis appa-
ret nihil huic constitutioni obstare, quod di-
citur in glossa: Non licere quidquam præ-
postere facere, seu contra naturæ ordinem,
aut jus constitutum. Quod et verissimum est,
L. ut debitum, *supr. de hered. act.* L. *pro-*
latam, *inf. de sententiis*, *et interl.* L. 1.
inf. de exsecut. rei jud. Sed tantum abest,
ut hic contra quidquam dicatur, ut maxime
idipsum in hac specie confirmetur, postquam
stipulatio præpostera quatenus est, non va-
let, quatenus recta est, et naturalis dicitur,
eatenus valet.

Ad L.

Ad L. In testamentis. 26.

Imp. Justinian. A. Mennæ *præfecto prætorio.*

In testamentis sine scriptis faciendis, omnem formalem observationem penitus amputamus: ut postquam septem testes convenerint, satis sit voluntatem testatoris, vel testatricis simul omnibus manifestari significantis, ad quos substantiam suam pervenire velit, vel quibus legata (dare) vel fideicommissa, vel libertates disponere: etiam si non ante hujusmodi dispositionem prædixerit testator, vel testatrix, illa formalia verba, *ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit.* S. Dat. IV. Id. Decemb. Constantinop. DN. Justiniano. A. PP. II. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Testibus rogatis, non necesse est adjici a testatore, eos adhibitos ad testamentum scripto, aut sine scripto faciendum.*

IN testamentis testes rogatos esse oportet, idest, admoneri se adhibitos esse ad testamentum. *L. heredes, §. in testam. D. h. t.*
1 Hac † constitutione declaratur cum id factum erit, non esse necesse adjici a testatore eos adhibitos ad testamentum scripto, aut sine scripto faciendum, et merito, quia ex eo, quod scriptura profertur a testatore, aut non profertur, facile quid hic geratur, a testibus intelligi potest.

Ad L. Sancimus. 27.

Imp. Justinian. A. Juliano *præfecto prætorio.*

Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, et post ejus confectionem decennium profluxerit: Siquidem nulla innovatio, vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? Quemadmodum enim qui testamentum fecit, et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur: si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio: ipso jure prius tollitur testamentum, sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum: tunc irritum est testamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo: prioribus constitutionibus, quæ super hujusmodi testamentis evacuandis latæ fuerant, penitus antiquandis. Dat. XV. Kal. April. Constantinop. Lampadio et Oreste. VV. CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Decennium ad voluntatem testatoris accedens, qua dixit se nolle testamentum valere, a quo die numerandum sit.*

TEstator, testamento facto, si dixerit, se id testamentum valere nolle, et ad eam voluntatem hoc accesserit, ut præterierit decennium vivo testatore, testamentum rescinditur: cæterum neque lapsus decennii sine contraria voluntate, neque contraria voluntas sine decennii lapsu, testamentum infirmat:
1 hic quæsitum † est, ex quo tempore hoc decennium numerandum sit, an ex quo testamentum factum est, an ex quo contraria voluntas secuta est? Nam Justinianus nihil de eo expressit in *vers. sin autem testator.*

Respondeo: Recte receptum est, vulgo hoc decennium sic accipi debere, si præteriit post testamenti confectionem, ut conjectura voluntatis sumatur ex iis, quæ in constitutione præcesserunt. Nam quoties aliquod verbum vel in lege, vel in testamento ambigue, vel obscure scriptum est, si de eo alia parte testamenti, aut lege apertum, ex eo quod aperte scriptum est, obscurum interpretamur, quasi scriptor de eodem senserit. *L. si servus plurium*, §. *ult. D. de legat.* 1. L. *heredes*, §. 1. *in fin. D. h. t.* L. *qui filiabus, in pr. de leg.* 1. In hac constitutione initio decennium nominatum est, quod elapsum sit post confectionem testamenti. Hanc significationem decennii post Justinianus non mutavit: proinde et hoc casu locum habebit decisio superior.

Ad L.

Ad L. Cum antiquitas. 28.

Imp. Justinianus A. Juliano *præfecto prætorio.*

Cum antiquitas testamenta fieri voluerit nullo actu interveniente, et hujusmodi verborum compositio non rite interpretata, pene in perniciem et testantium et testamentorum processerit: sancimus in tempore, quo testamentum conditur, vel codicillus nascitur, vel ultima quædam dispositio secundum pristinam observationem celebratur (nihil enim ex ea penitus immutandum esse censemus) ea quidem quæ minime necessaria sunt, nullo procedere modo, quippe caussa subtilissima proposita, ea quæ superflua sunt, minime debent intercedere. Si quid autem necessarium evenerit, et ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, idest, vel victus necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturæ usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori vel testibus: non esse ex hac caussa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis (quod et factum esse comperimus) uni ex testibus contigerit: sed eo quod urget et imminet, repleto, vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri. Et si quidem a testatore aliquid fiat testibus paulisper separatis, cum coram his facere aliquid naturale testator erubescat: iterum introductis testibus, consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam vel quosdam testium aliquid tale contingat: si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire: iterum eorundem testium reversum expectari, et solemnia peragi sancimus. Sin autem longiore spacio refectio fortuiti casus indigeat, et maxime si salus testatoris periclitantis immineat: tunc illo vel illis testibus circa quos aliquid tale eveniat separatis, alios surrogari, et ab eo vel ab eis tam testatorem quam alios testes sciscitari, si ea quæ eorum præsentiam antecedunt, omnia coram his processisent. Et si hoc fuerit undique manifestum; jubemus tunc eos vel eum una cum aliis testibus, ea quæ oportet, facere, etsi in medio subscriptiones testium jam fuerat subsecutæ. Sic etenim et naturæ medemur, et mortuorum elogia in suo statu facimus permanere. Cum autem constitutione quæ in testamentis ordinandis processit, cavetur, quatenus septem testium præsentia in testamentis requiratur, et subscriptio a testatore fiat, vel ab aliquo pro eo, et constitutio sic edixit, Octavo subscriptore adhibitio: et quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit, et post ejus literas testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt, aliaque omnia solemniter in testamento peracta sunt, et testamentum ex hoc dubitabatur an irritum factum esset: eandem constitutionem corrigentes, sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod hæc sua manu confecit: sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur neque ab eo, neque pro eo ab alio: sed sequantur hujusmodi scripturam et literæ testium, et omnis quæ expectatur observatio: et sic testamentum validum, et codicillus, si quinque testium literæ testatoris scripturæ coadunentur, in sua firmitate remaneant, et nemo callidus machinator hujusmodi iniquitatis in posterum inveniatur. D. VI. Kalend. April. Constantinopo. Lampadio et Oreste. VV. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Brevis summa hujus legis.*

1 HÆc † constitutio, *cum antiquitas*, continet duas exceptiones ejus juris, quod de scripto testamento comprehensum est in L. *hac consultissima*, *supr.* Prior exceptio pertinet ad eam partem juris, qua cavetur solemnia peragi debere uno contextu actionis, nullo alieno actu interveniente. Posterior exceptio, quæ est *in* §. *cum autem*, refertur ad eam partem juris, qua exigitur, ut testator subscribat testamento sua manu coram testibus, si imperitus est scribendi, octavum testem adhibeat, qui subscribat; excipitur, nisi testator testamentum sua manu scripserit, de quibus exceptionibus dictum est supra.

Ad L. Jubemus. 29. *cum Auth. seq.*

Imp. Justinianus A. Joanni *præfecto prætorio.*

Jubemus omnino testatorem, si vires habeat ad scribendum nomen heredis, vel heredum in sua subscriptione, vel in quacunque parte testamenti ponere, ut sit manifestum secundum illius voluntatem, hereditatem esse transmissam, Sin autem forsitan ex morbi acerbitate, vel literarum imperitia hoc facere minime potuerit: testibus testamenti præsentibus, nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari, ut omnimodo sciant testes, qui sint scripti heredes; et ita certo heredis nomine successio procedat. Si enim est talis testator, qui neque scribere, neque articulate loqui potest, mortuo similis est, et falsitas in elogiis committitur. Quam, ut exul fiat a republica nostra, maxime in testamentorum confectione, cupientes, hanc edictalem legem in orbem terrarum ponimus. Quod si non fuerit observatum, et nomen heredis vel heredum non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce coram testibus nuncupatum: hoc testamentum stare minime patimur, vel in totum, si tota heredum nomina fuerint prætermissa: vel in ejus heredis institutionem, cujus nomen neque lingua neque manus testatoris significavit. Sed ne aliqua forsitan oblivio testium animis incumbat, pluribus interdum nominibus heredum expressis: ipsi testes in suis subscriptionibus, (cum testator hæc non scripserit, sed nuncupaverit) eorum nomina subscribere non differant ad æternam rei memoriam. Sin vero ipse testator in qualicunque parte testamenti nomina heredum (sicut dictum est) scripserit: supervacuum est postea testes in sua subscriptione hæc exprimere: cum forsitan nec eos scire testator suos heredes voluerit, et semel caussa ex ipsius testatoris scriptura appareat. Oportet enim omnimodo vel ex literis testatoris, vel ex voce quidem testatoris, literis autem testium, qui ad elogium conficiendum fuerint convocati, nomina manifestari heredum. Quemadmodum enim in elogio quod sine scriptura conficitur, necesse est testatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum: ita et in testamentis per scripturam conficiendis, cum is testator manu sua scribere heredes, vel noluerit, vel minime potuerit, voce tamen ejus eos manifestari oportet. Quæ in posterum tantummodo observari censemus, ut quæ testamenta post hanc novellam nostri numinis legem conficiuntur, hæc cum tali observatione procedant. Quid enim antiquitas peccavit, quæ præsentis legis inscia, pristinam secuta est observationem? Scripturis et tabellionibus, et his qui conficienda testamenta procurant,

quæ

quæ si aliter facere ausi fuerint, pœnam falsitatis non evitabunt, quasi dolose in tam necessaria caussa versati. Dat. Kal. Mart. Constantinop. post Consulat. Lampadii et Orestis. VV. CC.

Auth. ex Novell. 119. *cap.* 9.

Et non observato eo, subvenitur testamentis, sive per se, sive per alium quis inscribat nominen heredis.

SUMMARIUM.

1. *Legis hujus cum* L. hac consultissima *supra, antinomia et conciliatio.*

HÆc quoque constitutio exceptionem habet ejus juris, quo cautum in L. *hac consultissima*, supra nihil referre, cujus manu testamentum scriptum sit, testatorisne, an alterius. Hic Justinianus jubet nomina heredum, aut scribi a testatore, aut ab eo palam nuncupari. Sed et hoc jus mutatum est *in Auth. sequ.* et reditum ad jus antiquum, ut dictum *ad L. hac consultissima.* Sed in hac constitutione §. *quod si non fuerit*, ani-
1 madversionem desiderat. Videtur † enim hic locus antinomiam habere hujusmodi. Si testamentum scriptum sit alterius manu, et in eo quinque heredes exempli caussa scripti, Justinianus vult nihilominus hos heredes ab ipso testatore scribi, aut nuncupari. In hoc §. subjicit, si testator ex iis quinque heredibus tres solum scripserit, reliquos duos omiserit, aut si tres nuncuparit, reliquos duos non nuncuparit, eos qui nuncupati non sunt, heredes non futuros, sed eos solum, qui scripti, aut nuncupati sunt. Interim vult eos, qui scripti, aut nuncupati sunt, heredes esse.

Videri autem potuerunt ne hi quidem heredes esse potuisse, idque efficitur L. *si is, qui testamentum*, *D. eod.* ubi si testator ex dictis quinque testibus, quos constituerat heredes instituere, tres nuncupavit, deinde obmutuerit, placet testamentum nullius esse momenti, quasi imperfectum, eoque nec eos heredes futuros, qui aperte nuncupati sunt. Respond. in L. *si is, qui testamentum.* Testator voluit eos heredes instituere, quos non nuncupavit; ideo enim non nuncupavit, quia non potuit, puta voce morbo interclusa, ut nominatim scribitur in extremo ejus responsi. In hac autem constitutione agitur de eo testatore, qui eos heredes, quos nuncupavit, noluit heredes instituere, idque eo colligitur, quod eos potuit heredes nuncupare, si vellet; quoniam satis temporis habuit ad eos nuncupandos: non nuncupavit, cum posset, noluit igitur. Satis autem ei temporis fuisse ad eos nuncupandos, ex eo intelligimus; quia post testatoris nuncupationem subsecutæ sunt subscriptiones, et obsignationes testium, proinde hæc species voluntatem distinguit testatoris.

Ad L.

Ad L. penult. Nostram.

Imp. Justinianus A. Joanni *præfecto prætorio.*

Nostram provisionem, maxime circa ultima elogia defunctorum, nunc etiam extendi properamus. Unde cum invenerimus quasdam controversias veteribus juris interpretatoribus exortas propter testamentum quod legitimo modo conditum, septem quæ testium signa habens, postea fortuito casu, vel per ipsius testatoris operam lino toto, vel plurima ejus parte incisa, in ambiguitatem incidit: solitum ei præbemus remedium, sancientes, si quidem testator linum vel signacula inciderint, vel abstulerit; utpote ejus voluntate mutata, testamentum non valere: sin autem ex alia quacunque caussa hoc contigerit: durante testamento scriptos heredes ad hereditatem vocari maxime cum nostra constitutio, quam pro tutione testamentorum promulgavimus, testatorem disposuerit vel sua manu nomen heredis scribere, vel si imperitia literarum, vel adversa valetudine, seu alio modo hoc facere non possit: testes ipsos audito nomine heredis, sub præsentia ipsius testatoris nomen heredis suis subscriptionibus declarare. Dat. XV. Kal. Novemb. Constantinop. post consul. Lampadii et Orestis. VV. CC.

DE hac L. dictum est *ad L. hac consultissima*, §. *si quis autem*, *sup.*

Ad L.

Ad L. ult. Et ab.

Imp. Justinian. A. Joanni *præfecto prætorio.*

Et ab antiquis legibus, et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa: quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Cum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta sit: homines rustici, et quibus non est literarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideoque ad dei humanitatem respicientes, necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. Sancimus itaque in omnibus quidem civitatibus, et in castris orbis Romani, ubi et leges nostræ manifestæ sunt, et literarum viget scientia: omnia quæ in libris nostrorum Digestorum, seu institutionum, et imperialibus sanctionibus, nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari, nullamque ex præsenti lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati; per præsentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere: ita tamen, ut ubi scientes literas inventi fuerint, septem testes (quos ad testimonium convocari necesse est) adhibeantur, et unusquisque pro sua persona subscribat. Ubi autem non inveniuntur literati: septem testes etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes: usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi jubemus: minus autem, nullo modo concedimus. Si vero unus, aut duo vel plures fuerint literati: licet eis pro ignorantibus literas, præsentibus tamen subscriptionem suam interponere: sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem: et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerint: et hoc post mortem testatoris jurati deponant. Quod igitur quisque rusticorum (sicut prædictum est) pro suis rebus disposuerit: hoc omnimodo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat. Dat. III. Non. Jul. Constantinop. DN. Justiniano. A. IV. et Paulino. V. C. Coss.

SUMMARIUM.

1. *De testamentis rusticanorum.*

1 IN † testamentis rusticanorum remittitur necessitas solemnium ad formam hic constitutam, de quo dictum *ad L. hac consultiss.* ante initium, §. *ex imperfecto.*

AD TITU-

AD TITULUM XXIV.

COD. DE HEREDIBUS INSTITUENDIS, ET QUÆ PERSONÆ HEREDES INSTITUI NON POSSINT.

SUMMARIA.

1. *Testamentum ut ab initio sit justum, quibus in rebus positum sit.*
2. *Heredis institutio quam necessaria sit in testamento.*
3. *A parentibus liberos habentibus et testamentum conficientibus quæ exigantur, ut testamentum valeat.*
4. *Testamentum quibus modis infirmetur, rumpatur et irritum fiat.*
5. *Hereditas quomodo nobis ex testamento deferatur.*
6. *Heredis institutio quibus ex caussis sit necessaria ad acquisitionem hereditatis.*
7. *Heres quando quis institutus esse intelligatur.*
8. *Instituere heredem quid.*
9. *Heres quibus verbis sit instituendus.*
10. *Summa rerum atque ordo.*

Diximus initio *tit. qui testam. fac. poss. supr.* ita hereditatem deferri testamento,
1 si etiam justum sit. Ut autem † ab initio justum sit, tribus in rebus positum esse: in persona testantis, ut sit, qui testamentum facere potuerit: in solemnibus testamentorum: tum in iis, quæ testamento continentur. De personis dictum est *tit. qui test. fac poss.* De solemnibus dictum est *tit. prox.* Restant ea, quæ continentur testamento, in quo genere sunt heredum institutiones, legata, fideicommissa, libertates, et tutorum dationes, L. *verbis legis*, *de verb. sig.* Sed ex iis cætera testamento caveri possunt. Unum ad vim testamenti necesse est, ut testator sibi heredem instituat vel unum, vel plures, cætera sunt libera testatori.

2 Sine heredis † autem institutione nihil in testamento valet. *L.* 3. *vers. Calpurnius*, D. *de iis*, *quæ in testam. del.* L. 1. *in fin. D. de vulgar. L. ult. de vulgar. L. ult. de jur. codicilli*, §. *inprimis*, *Inst. de legat.* Cætera, ut dictum, libera. Et ideo qui neque legare vult quidquam, neque de cæteris rebus cavere, sed tantum heredem instituere, eum Ulpianus ait tribus verbis testamentum conficere posse, ut dicat; *Lucius heres esto*, *L.* 1. §. *qui neque*, D. *eod.* et hæc lex generalis omnibus testatoribus posita est. Una
3 est specialis † in parentibus, ut qui liberos habent non quosvis alios instituant, ut testamentum valeat, sed ut instituant liberos suos omnes. Quod si eos indignos successione sua putant, duo ab illis exiguntur ad vim testamenti. I. Ut liberos nominatim justis de caussis exheredent, et quidem justis caussis exheredationi adscriptis, *tit. de exher. lib. inter cætera*, *de liber. et postum. Authent. non licet*, infr. *de liber. præter.* Deinde hoc quoque exigitur, quod est omnium testamentorum commune, ut sibi alios heredes instituant, cum dixerimus, sine heredis institutione testamentum non valere. Hæc cum observata erunt, et in persona testatoris, et in solemnibus, et in heredum institutionibus, et exheredationibus, quæ diximus, habebimus id testamentum, quod ab initio justum est.

Sed ad vim testamenti non est satis ab initio jure factum esse testamentum, nisi etiam justum perseveret. Multis autem modis accidit, ut quæ ab initio jure valuerunt, postea infirmentur. Quare si tenere volumus, quodnam sit testamentum ex omni parte justum, etiam hoc loco quæstio introducenda est, quibus modis testamentum infirmetur, ut iis modis notatis, statuamus id testamentum justum esse, de quo quæritur, quod et recte factum est in Dig. Illos enim titulos duos, *qui test. fac. poss.* item *de lib. et postum.* consequitur tertius hanc postremam quæstionem continens *de injusto*, *rupto*, *irritove testamento.*

Est autem † hæc summa juris de eo. Te- 4
sta-

stamenta ab initio rite facta postea aut rumpuntur, aut irrita fiunt. Rumpuntur vel agnatione sui heredis, aut quasi agnatione, vel alio testamento postea rite facto. Agnascitur testatori suus heres, cum post testamentum suum heres testatori nascitur, vel eo vivo, vel mortuo. De hac agnatione est in §. *postumi*, *Inst. de instit. et exher. liber. toto tit. infr. de postum. hered. inst.* Quasi agnasci dicitur heres cum vel testator adoptat sibi liberos, quos in potestate incipiat habere, de qua specie est *in princip. tit. quibus modis testam. infir.* Aut cum nepotes cum tempore testamenti nati erant, mortuis parentibus suis in eorum locum succedunt, et jura suorum heredum nanciscuntur. De hac specie est in §. *postumorum*, *Inst. de exher. lib. et L. postumorum*, *D. de injust. etc. rupt.* Posteriore testamento quomodo rumpatur prius, dictum ad *L. hac consultissima*, §. *si quis autem*, *supr. prox. titul.*

Irritum fit testamentum duobus modis. I. Testatore capite minuto, idest, vel libertate amissa, vel civitate, vel tunc cum arrogatione, aut adoptione in aliam familiam transiit, §. *alio*, *Instit. quib. mod. test. infirm.* Sed hoc ita, si testator capite minutus eodem statu decesserit. Nam si ad pristinum statum redierit, recenti ejus voluntate testamentum convalescet, ut secundum id detur bonorum possessio. §. *non tantum*, *Instit. quib. mod. test. infirm.* II. Fit irritum testamentum non adita hereditate ex eo: nam hereditate non adita res eo redit, quasi ab initio testator heredem non haberet. Est autem heredis institutio fundamentum testamenti. Hoc modo irritum fieri testamentum traditur in L. 1. *D. de injust. rupt. etc.*

Distinguitur tamen alibi irritum testamentum ab eo testamento, ex quo hereditas adita non est, nempe *sub tit. de her. quæ ab intestat. in pr.* Sed hoc docendi caussa fit, ut res plures nominibus suis distinctæ magis intelligantur. Cæterum revera irritum id testamentum est, quod exitum non habet, indicatur hoc in *d.* §. *alio*, *Instit. quib. mod. test.* Licebit etiam modos infirmandi testamenti ita dividere fortasse commodius, certe plenius, ut statuamus testamentum infirmari partim volente testatore, partim invito. Voluntate sola nunquam testamentum infirmatur, sed cum ad voluntatem accesserit aliquid, nimirum, ut aut mutentur tabulæ testamenti, aut tabulis integris manentibus aliud testamentum fiat, de quibus generibus dictum ad *L. hac consultissima*, *supr. t. prox.* §. *si quis autem.* Invito, tribus modis: agnatione heredis sui, seu quasi, capitis diminutione testatoris, et hereditate ex eo testamento non adita, de quibus ante dictum. Cum testamento ab initio rite facto nihil istorum postea inciderit, quibus testamenta infirmantur, jam certo statuere poterimus, id testamentum, de quo agitur justum esse, de quo huc usque quæsivimus.

Hoc constituto longius progrediendum in
quæstione † acquirendæ hereditatis. Nam ut 5
nobis hereditas acquiratur ex testamento, hoc non est satis, justum esse testamentum, ex quo judicemus hereditatem, sed oportet etiam ex testamento eo nobis hereditatem deferri. Sic autem nobis defertur, si eo testamento
heredes instituti simus. Ex † quo apparet 6
heredis institutionem, seu omnem de heredibus instituendis quæstionem duabus de caussis necessariam esse ad acquisitionem hereditatis. Primo propter testamentum, ut valeat; nam supra dictum sine heredis institutione testamentum non valere, propter quam caussam, etsi sola esset, aptissime hic titulus subjicitur superioribus, ut in eo constituatur vis testamenti. Sed et necessaria est hæc quæstio propter nos, qui hereditatem ex testamento vindicare volumus, posteaquam nihil ad rem pertinet testamentum justum esse, nisi et eo heredes instituti simus. Hinc introducitur quæstio de heredibus instituendis.

Ut ergo hoc modo nobis deferatur hereditas, duabus rebus continetur, si heredes instituti sumus, et ita, ut consistat jure institutio. Nihil enim interest, utrum aliquid non fiat, an non recte fiat, *L. quoties*, 6. *D. qui satisdar. cog.* Institutus aliquis intelligi-
tur † heres, cum testator id fecit, quod ver- 7
bum significat, et id quoque voluit. Insti-
tuere † autem heredem est statuere, et de- 8
signare sibi successorem, idest, scripto et verbis declarare, quem tibi mortuo successorem esse velis in omne jus tuum; nam hereditas hanc successionem universi juris significat; L. *nihil aliud*, *de verb. sig. L. hereditas*, *de reg. jur.* proinde heres intelligitur universi juris successor, §. *legatariis*, *de test. ordin.* L. *quædam*, §. 1. *D. de edendo.*

Quibus autem † verbis id testator decla- 9
ret, nihil refert. L. *quoniam*, *sup. tit. prox.* Solemnia verba antiquitus hæc erant: *Lucius Titius heres esto*, *L.* 1. §. *neque*, *D. de hered. instit.* Sive autem scribatur heres, sive nuncupetur sine scripto institutum intelligimus. *d.* L. 1. §. *neque*, *D. de hered. instit.* Non est tamen satis hoc verbis exprimi, nisi etiam concurrat voluntas testatoris,

quod interdum non fit, et ob hanc caussam nulla est institutio. Exempla sunt in L. 3. 4. *et* L. *etiam*, *inf. h. t.* Sic consistit he-
10 redis † institutio, si et is instituitur heres, qui institui potest, et rite instituitur, ut vis institutionis consistat in his tribus: in persona heredis, conditione, et in instituendi modo. Hinc duæ quæstiones vim institutionis explicantes. I. Qui heredes institui possint, vel non, de qua est hoc titulo præcipue, ut inscriptio declarat. II. Quomodo heredes institui possint, ad quam proximi duo referuntur. Qui heredes institui possint, ostenditur in L. 1. *h. t.* pertinet huc L. *collegium*, *L. extraneum*, *infr.*

Ad. L. Qui deportantur. 1.

Imp. Titius Ælius Anton. A. Anthestiano.

Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini, capere non possunt, sed hereditas in ea caussa est, in qua esset, si scripti non fuissent. Sine die et consule.

SUMMARIA.

1. *Summa hujus legis.*
2. *Peregrini heredes institui non possunt.*
3. *Peregrini in usu juris qui dicantur, et quid peregrinitas.*
4. *Soli cives Romani heredes institui possunt: quia cum iis solis testamenti factio est.*
5. *Cives Romani qui sint, et qui non.*
6. *Servus an heres institui possit.*
7. *Hostis noster inutiliter heres instituitur: similiter et is, qui ad eum defecit.*
8. *Hostes et hostium numero qui sint.*
9. *Servi pœnæ olim qui et an heredes institui potuerint.*
10. *Deportati qui sint, et qui eorum numero habeantur, et an heredes institui possint.*
11. *Relegati qui.*
12. *Hæretici qui sint, qui eorum numero habeantur, et quod heredes institui nequeant.*
13. *Deportatis heredibus institutis, cum ex hereditate nihil capiant, ad quem ea hereditas pertineat, ad fiscum ne, an ad heredes legitimos redeat.*
14. *Omnes, qui sunt cives Romani, heredes institui possunt.*
15. *Qui ex Civibus Romanis a quovis institui non possint.*
16. *Qui nec solidum capere valeant.*
17. *Qui item sint qui instituuntur inutiliter.*

1 Tria † hic statuuntur. I. Peregrinos heredes institui non posse: cum enim dicitur, deportatos non posse institui tanquam peregrinos, idest, ut qui peregrini sint, prius præsupponitur, peregrinos institui non posse, alioqui male colligeretur de deportatis. II. Statuitur, deportatos peregrinos esse, et ob hanc caussam institui non posse. III. Continet effectum utriusque definitionis superioris, nempe ut sive deportati, sive qui alii peregrini heredes instituantur, hereditatem capere non possint, sed pro non scriptis habeantur. Quæ tria sigillatim excutienda sunt.

2 Dicimus † peregrinos heredes institui non
3 posse. Peregrini in usu juris † dicuntur, qui cives Romani non sunt, et peregrinitas status eorum, qui cives Romani non sunt. L. 6. §. *solemus*, *D. h. t.* L. *sed si hoc.* §. *sed si per pœnam*, *D. de in jus voc.* Unde intelligimus superioribus verbis hoc statui, eos, qui cives Romani non sunt, heredes institui non posse. De quo jure, ut facilius et plenius possit statui, ad intelligentiam aliorum etiam locorum, ad eandem quæstionem pertinentium, sic habendum est, eos solos heredes institui posse, cum quibus testamenti factio est, L. *si aliorum*, §. 1. L. *non minus*, *D. h. t.* Cum solis autem civibus Romanis testamenti factio est, soli igitur † cives Romani heredes institui, et ex 4
nostro testamento capere possunt. Cum solis civi-

civibus Romanis testamenti factionem esse intelligimus ex primo et secundo capite legis Falcidiæ, quæ exstat in L. 1. *D. ad L. Falcid.* Quibus cautum est, solis Romanis civibus testamento legari posse. Intelligimus autem *ex* §. *legari, Instit. de legat.* solis iis relinqui posse, cum quibus testamenti factio est. Ex quo efficitur, cum solis civibus Romanis testamenti factionem esse.

5 Quærendum est igitur, qui sint † cives Romani, et qui non sint, ut utraque definitio intelligatur. Dictum superiori titulo, cives Romanos esse, qui liberi sunt et in orbe Romano: nulli cives Romani, nisi liberi, §. *ult. in fin. Instit. de libertin.* Nec satis est liberos esse, nisi sint in orbe Romano, *L. in orbe Ro. D. de stat. hom.* Quod si ita est, duo sunt genera eorum, qui cives Romani non sunt, servi, et qui non sunt in orbe Romano: proinde totidem genera eorum, qui ex civium Romanorum testamento capere non possunt, ut nec he-
6 redes institui. Quod † ad servos attinet, videri potest in his quod sit falsa definitio. Constat enim etiam servos a nobis institui posse, et nostros et aliorum civium et item eos, qui ab hostibus capti sunt. *L. non minus*, *L. illa*, *seq.* §. *ult.* D. *eod.* Sed nihil fit adversus definitionem supra positam: nunquam enim servus heres institui potest nisi cum in horum persona civis Romanus institui intelligitur: cum servum nostrum heredem instituere non possimus, nisi cum libertate, et ideo non nisi tunc, cum liber erit, et civis Romanus factus est, *tit. eod. in pr.*

Alienum servum etiam sine libertate recte instituemus, §. *alienus*, *Inst. eod.* sed hoc ideo, quia sub persona servi dominus servi, idemque civis Romanus institui intelligitur, quoniam hereditas illi acquiritur, et ex ejus tantum persona cum servo testamenti factio est, ut diserte scribitur in *d.* L. *non minus*, *D. h. t.* Qui autem ex civibus nostris ab hostibus capti sunt, ideo recte instituuntur, quia si redierunt, postliminii jus habent, quo efficitur, ut perinde habeantur, quasi nunquam capti essent, et proinde quasi cives Romani mansissent. *d. L. illa*, §. *ult. D. eod.* §. *si ab hostib. Instit. quib. mod. jus.* Quod si in persona servi neque jus postliminii est, neque alius dominus civis intelligitur, omnino servus heres institui non potest. Et breviter, servus ut servus institui non potest. Exemplo sunt servi pœnæ, aut qui in metallum damnati sunt: his institutis, placet nullam esse institutionem, quia nullos dominos habent, ex quorum persona consistat institutio, *L.* 3. *D. de his, quæ pro non scriptis habentur.*

In orbe Romano sunt duo genera hominum. Primum hi, qui Imperio Romano subjecti non sunt, in quo genere sunt hostes.
Ideo † citra controversiam hostes inutiliter 7
instituuntur. Unde qui ab hostibus nostris capti sunt, si a nobis instituti ibi decedant, nulla institutio est, quia hostibus hereditas acquiri non potuit, ut intelligitur ex *d.* L.
illa, *D. eod.* Hostes qui sint, † definitur in 8
L. *hostes*, *de verb. sig. et* L. *hostes*, *D. de captivis.* Hostium numero sunt, qui ad hostes defecerunt; item qui cum arma ferrent adversus patriam, tanquam hostes a senatu judicati sunt. Horum utrique civitatem amittunt, ac proinde omnia, quæ sunt civium Romanorum, qua ratione etiam capite minui dicuntur, L. *amissione*, §. *1. de cap. diminut.* Alterum genus est eorum, qui Imperio Romano subjecti sunt, nec sunt in numero hostium, sed ex numero civium Romanorum exempti sunt damnatione. Horum tria sunt genera, servi pœnæ, deportati, heretici, hi de quibus constitutionibus Imperatorum cautum est.

Servi † pœnæ erant olim, qui damnaban- 9
tur in metallum, aut ad bestias, ut iis subjicerentur, aut ad ferrum, hoc est, ad gladium, ut cum alio decertarent, gladio spectaculi publice præbendi caussa, quæ olim spectacula Romæ erant. *L. ejus*, §. *ult. D. de testam. et qui test. fac. poss.* §. *pœnæ servus*, *Instit. quibus modis jus patr. potestat. solv.* Hi cives Romani esse desinebant, quoniam non tantum civitatem amittebant, sed etiam libertatem: efficiebantur enim servi pœnæ, §. *maxima*, *Instit. de capit. diminut.* Ob hanc caussam institui heredes non poterant, nec quidquam ex testamento civium Romanorum capere poterant, L. *sunt quidam*, *D. de pœnis*, L. 3. *de iis, quæ pro non script. habentur.* Hodie constitutione Justiniani nemo damnatione fit servus, §. *quod autem prius*, *et* §. *sequent. Novell. de nupt.* Sed nihilominus libertate iis relicta, alterum ex jure antiquo manet, ut ii civitatem amittant; qua una de caussa ex testamento civium Romanorum capere non possunt, ex definitione proposita.

Deportati sunt, † quos præses pronuntia- 10
vit in insulam deportandos, si modo et Princeps sententiam præsidis confirmavit, et assignavit insulam, L 6. §. *ejus qui*, *D. de injust. rupt. L.* 1. §. *deportatos*, *D. de legat.* 3. Non omnes, qui jubentur excedere

ex finibus alicujus regni, aut regionis, deportatorum numero sunt. Nam et relegati in insulam ejiciebantur finibus; qui tamen et civitatem et libertatem retinebant, §. *cum autem*, *versic. relegati*, Instit. *quibus modis jus patriæ potestat. solvat.* Igitur deportatos a relegatis distinguebant verba sententiæ præsidis, ut deportati intelligerentur: in quibus ejiciendis præses *deportandi* verbo usus esset: relegati, in quibus *relegandi*: deportati deportatione civitatem amittunt, eoque modo caput eximitur ex civitate, cujus et persona eximitur ex civitate. *d.* §. *cum autem*, *Inst. quibus modis patria potestas solvatur*, L. 2. *D. de public. judic.* L. 2. §. 1. *D. de pœnis.* Ob hanc caussam deportati heredes institui non possunt, ut hic cautum est. Sic enim intelligimus, eos ad definitionem superiorem peregrinorum pertinere.

11 Hodie moribus † nostris, et fere omnium Christianorum, cum nullæ insulæ sint, in quas damnati deportari soleant, intelligere debemus omnes, qui jubentur exsulare, idest, quibus interdicitur finibus alicujus regni, vel regionis, solum in numero relegatorum esse, non deportatorum, et jura civitatis prioris, et libertatem retinere, ut et testamenta facere possint de iis, quæ habent, et ex testamento civium eorum veterum quidvis capere, nisi nominatim sententia præsidis jus civitatis illis ademptum sit, et sententia comprobata sit a Principe, *arg.* L. 1. §. *deportatos*, D. *de legat.* 3. *d.* L. 3. §. *ejus qui*, *D. de injust. rupt.*

12 Hæreticos † etiam intelligimus eximi ex numero civium Romanorum, ex eo, quod constitutiones jubent nihil ex legibus eis commune esse cum cæteris. *L. Manichæos*, *supr. de hæretic.* Nam cives juris civilis communionem habent. Hæreticos dicimus eos, de quibus nominatim comprehensum est. L. *Manichæos*, *et* L. *Ariani*, *sup. de hæret.* Hac de caussa vetantur etiam ex testamento alieno quidquam capere iisdem constitutionibus. Hæreticorum numero habentur Apostatæ, qui a fide Catholica defecerunt ad hostes fidei, de quibus cautum est, L. 1. *et L.* 5. *sup. de Apostat.* Hæc de primo capite peregrinorum dicta sunt. Secundum caput pertinebat ad deportatos, et de iis satis dictum supra.

Tertium caput diligenter expendendum est. Cum ergo hic dicitur, peregrinos et nominatim deportatos heredes institutos capere nihil posse, sed pro non scriptis haberi, id

13 hanc significationem habet: iis heredibus † institutis cum hereditatem non capiant, hereditatem ad heredes legitimos redire, aut si qui alii heredes instituti sunt, his portionem incapacium heredum accrescere, breviter autem hereditatem ad fiscum non pertinere, quia id juris est quasi ii heredes instituti non essent. Quam sententiam, quia nonnulli loci dubiam faciunt, conducet nos in ea sententia confirmare; probatur autem iis argumentis tribus. Primum, si deportati nullo modo instituti essent, nec alii heredes scripti hereditas rediret ad heredes legitimos, nec prius pertineret ad fiscum, quam constaret bona esse vacantia, idest defunctum nullum habere heredem, L. 1. *in pr. et* §. *qui semel*, §. *de success. edict.* Ergo etsi deportati instituti fuerint, nihilominus hereditas in eadem caussa erit, ex hoc loco, quia perinde habetur, quasi scripti non essent.

Deinde, deportatis heredibus institutis non potest hereditas ad fiscum pertinere, ni hereditas auferatur heredibus scriptis tanquam indignis, ut sic illis ablatam fiscus vindicet, *L. cum quidam*, *et tot. tit. D. de iis quæ ut indig.* Non potest autem hereditas deportatis auferri, nisi prius eam cœperunt, quod et verbum satis probat, et declaratur *ex L. ex facto*, §. *ult. D. de vulgar.* Deportati autem instituti capere non possunt, ut hic expressum est, proinde nec eis hereditas auferri potest, ideoque nec ablata vindicatur fisco. Postremo hæc sententia certis locis, et disertis statuitur, ea quæ pro non scriptis habentur, ad fiscum non pertinere, L. 3. *D. de iis*, *quæ ut indig.* L. *un.* §. 1. *infr. de codicill.* Hic autem diserte scriptum est, deportatos heredes institutos pro non scriptis esse. Ex quo efficitur, eam hereditatem non pertinere ad fiscum.

Sed dubitationem adferunt hi duo loci. Primum *L. cum quidam*, *D. de his*, *quæ ut indig. auf.* Nam illic ita scriptum est: *cum quidam*, *scripsisset heredes*, *quos instituere non poterat*, *tanquam indignis hereditatem* auferri pridem placuit. Respondeo: diligenter hæc verba expendenda sunt; *heredes*, *quos testator instituere non poterat.* Quibus verbis significantur hi heredes, qui alioqui sua conditione institui possunt, sed non possunt institui a testatore propter delictum aliquod, quod cum fit, si ii nihilominus instituuntur, valebit quidem institutio, sed hereditas tanquam indignis heredibus aufertur, et vindicatur fisco. Hujusmodi est heres mulier, quam testator prius adulterio cognoverat, si illa instituatur heres, et e converso si illa instituat heredem eum, a quo cognita erat, *L. Claudius*, *et L. mulie-*

lierem, *D. eod. de iis quæ ut indig.* Nos hoc loco de iis heredibus agimus, qui in totum heredes institui non possunt, quos cum dicamus pro non scriptis esse, consequens est, si instituantur, institutionem de priore jure hereditatis nihil mutare.

Alter locus est L. *si deportati*, *D. de leg.* 3. ubi scriptum est, si deportati servo fideicommissum relictum sit, id ad fiscum pertinere. Si quis dicat aliud esse, si quid relinquatur deportati servo, aliud si ipsi deportato, de quo hic agitur, in promptu responsio est: nam quorum servis relinqui potest, iis etiam relinqui ipsis potest, non est enim testamenti factio cum servis, nisi ex persona dominorum, cum quibus etiam testamenti factio est, L. *non minus*, *D. eod.* Quare si concedimus deportati servo fideicommissum recte relinqui, ut relictum ad fiscum pertineat, necessario concedendum est, etiam deportato recte relinqui, ut relictum ad fiscum eodem modo pertineat. Quod et verum est, sed non adversatur huic loco: distat enim multum, utrum deportato fideicommissum relinquatur, an heres instituatur deportatus. Fideicommissum deportato relinqui potest, heres institui non potest. Differentiæ ratio sumitur ex ea definitione deportati bonorum, quæ traditur in L. *sunt quidam*, *D. de pœnis.* Illic scriptum est, deportatos, et omnes tales, non habere ea, quæ sunt juris civilis, sed habere, quæ sunt juris gentium. Secundum hanc sententiam deportati heredes institui non possunt, quia non est institutio, nisi testamento, nec testamentum, nisi ordinatum ex juris civilis solemnibus; §. *sed cum paulatim*, *Inst. de testam. ordin.* Hujus juris communionem non habent deportati, utpote qui cives Romani non sunt, ut dictum. Contraria de caussa fideicommissum deportatis recte relinquitur; quia fideicommissum naturaliter ex sola voluntate testatoris valet, L. *pen. D. de leg.* 1. L. *cum proponebatur*, *D. de leg.* 2. Nec solemnia juris desiderantur in fideicommisso, quod declaratur hoc argumento; nam codicillis recte relinquitur; codicilli autem solemnia juris non desiderant, §. *ult. Instit. de codicill.*

Sed huic rationi et distinctioni adversantur verba *d. L. deportati*, *D. de leg.* 3. Nam si verum est, quod dicimus fideicommissum recte relinqui, quia deportatus possit habere ea, quæ sunt juris gentium: consequens erit fideicommissum pertinere ad deportatum, non ad fiscum. Nunc autem in d. L. scriptum est, fideicommissum ad fiscum pertinere. Respondeo: fideicommissum deportato acquiri, verum est, juxta *d. L. sunt quidam*: nec eo minus verum est, idem ad fiscum pertinere; pertinet enim ad fiscum, sed suo tempore: quod, quid sit, intelligimus *ex L. 2. inf. de bon. proscript.* ubi significatur, deportatum ea, quæ post deportationem acquirit, sibi habere, sed ea, quæ prius habuit, etiam fisco publicari, ut sic effectu omnia deportati bona publicentur, et ea, quæ ante deportationem habuit, et ea, quæ postea; sed alia prius, alia posterius.

Cum autem hic dicimus, peregrinos, † 14
et qui cives Romani non sunt, heredes institui non posse, quia non sit cum iis testamenti factio, ex eo per contrarium admonemur, cum civibus Romanis testamenti factionem esse, eosque ex testamento civium Romanorum capere posse, quod et verum esse declaratur cap. 1. et 2. legis Falcid. *L.* 1. *ad* L. *Falcid.* Id adeo verum est, ut quanvis sint aliqui cives Romani, qui testamenti factionem non habeant, nihilominus sit cum illis testamenti factio, ut alterius testamento heredes institui et capere possint, ut mutus surdus, prodigus, impubes, furiosus, L. *filiusfam. D. de testam. et qui test. fac. poss.* Sed tamen hoc non est perpetuum. Etiamsi enim omnes cives Romani conditione sua heredes institui possint; tamen quidam sunt, qui non possunt a quovis institui, neque quovis modo: quidam sunt, qui solidum capere non possunt: quidam, qui in totum possunt institui, sed non ita, quin iis institutis hereditas auferatur ut indignis, et fisco vindicetur. Quidam † sunt, ut dixi, qui a 15
quovis institui non possunt. In hoc genere sunt hi, qui nati sunt ex incesto coitu; nam hi a quibusvis extraneis heredes institui possunt: a civibus Romanis, a parentibus non possunt, neque quidquam ex testamento eorum capere, §. *ult. Novell. quib. mod. nat. eff.* Sunt etiam, qui instituti possunt, sed non eodem modo, quo sunt instituti. In hoc numero est Imperator et Princeps, quem constat simpliciter heredem institui posse, *L. non dubium, sup. t. prox.* Sed placuit eum non posse institui litis caussa, §. *ult. Inst. quib. mod. test. infirm.* Ratio redditur in *L. pen. D. h. t.* Quidam etiam † capere so- 16
lidum non possunt. Hujus generis multos olim fuisse constat, et hujus juris varias caussas, de quo jure exstat *in fragmentis Ulpiani de solid. incapac.* Sed totum illud jus exsoletum, mansit tantum pars in filiis naturalibus, de quibus cautum eadem *Novel. Inst. quib. mod. nat. eff. in §. discretis*, ad hanc summam, ut si testator legitimos

mos liberos habeat, filii ejus naturales ex una tantum uncia ab eo institui possint; si non habet liberos legitimos, sed parentes, tunc filii naturales ex besse, idest, octo unciis, heredes institui possunt, reliquis unciis destinatis parentibus pro legitima ratione. Quod si testator neque liberos legitimos, neque parentes habeat, placet filios naturales solidum capere posse ex testamento patris.

17 Sunt etiam, ut dixi, qui a quovis † recte instituantur, sed inutiliter, quia fiscus hereditatem vindicet. Id accidit, cum aliquis mulierem adulterio cognovit; nam sive ipse eam mulierem postea heredem instituat, sive ab ea ipse instituatur, consistit quidem institutio, ut hereditas non veniat ad legitimos defuncti, sed ea instituto ut indigno aufertur, L. *Claudius*, *et* L. *mulierem*, *D. de iis, quæ ut indig. aufer.* Quemadmodum autem cives Romani heredes institui possunt, sic possunt eorum servi ex persona eorum, *d. L. non minus. D. d. t.* Sed et hoc non est perpetuum: nam primum servus adulterio cum domina maculatus, non potest institui ab ea, quæ ejus criminis postulata est, propterea quod vetatur ab ea manumitti. Non potest autem proprii servi institutio procedere sine libertate, §. *est autem, Inst. de hered. inst.* Præterea lege Ælia Sentia cautum est, nec eos, qui solvendo non sunt, servos suos testamento posse manumittere præter unum, quem heredem instituere possunt, ita ut ei liber fiat, et heres solus ac necessarius, ut est *in Instit. quib. ex caussis manum. non licet.*

Ad L. Pater tuus, 2.

Imp. Antoninus A. Cælitio.

Pater tuus si ex residua parte heres institutus est, quam aliter heres scriptus capere non poterat, isque ad nullam partem hereditatis per conditionem suam admitti potuit: ex asse heres exstitit. Nam residui commemoratio etiam totum admittit. PP. XV. Kalend. Julii. Romæ, Duobus et Aspris. Coss.

SUMMARIA.

1. *Species h. Legis.*
2. *Secundum ex residuo quod Primus capere non valeat, institutum totum accipere, ubi Primus nihil capere possit.*
3. *Residuum quid significet ex verbi significatione, et quid ex mente testatoris et n. 4.*

1 Testator † primum et secundum heredes instituit, iis verbis: *primus ex ea parte, quam per leges capere potest, heres esto. Ex residua secundus heres esto.* Mortuo testatore compertum est, primum nihil capere posse. Quæsitum est, utrum secundus admittatur, et ex qua parte, propterea quod institutus non ex toto, sed ex residua, deinde quod nihil videtur residuum? Rescriptum
2 est, † eum ex asse heredem futurum, etiamsi verbo sit institutus ex parte. Nec obstare significationem residui, quod verbum videri potest esse partis nomen, quia residui commemoratio totum continet. Sed huic sententiæ duo obstant, primum significatio verbi.
3 Nam † residuum significat partem sine dubio, non totum. Residuum enim dicitur, cum duæ sunt partes, aut plures alicujus totius, et quibusdam prius remotis restat aliquid, quod nondum attactum est, id enim, quod restat, solum dicitur residuum. Respondeo: Ita est, residuum partem significat verbi significatione. In specie autem † proposita ex voluntate testatoris, significat totum, 4
eaque significatio ex præcedentibus liquido intelligitur. Cum enim testator dixerit: *Ex residua parte secundus heres esto*, subaudiendum est ex residua parte, quam non poterat capere. Ita sententia testatoris secundus institutus est ex eo, quod primus capere non poterat. Primus autem capere nihil potuit: proinde voluntate testatoris ex eo toto, quod pri-

primus capere non poterat, secundus heres institutus est. Itaque hæc verba: *Residui commemoratio totum continet, etc.* sic accipienda sunt: In hac specie totum continet, ubi voluntas testatoris manifesta est. Rursus eadem significatio verbi alio modo efferri potest. Secundum non modo non admitti ex asse, sed ne in partem quidem. Nam in proposito nihil est residuum. Quoties autem aliquis heres instituitur ex residua parte, si nulla pars residua est, omnino non est heres, L. *item quod Sabin.* §. *sed si ex asse*, *D. h. t.* Ex quo efficitur in proposito, secundum nulla etiam parte heredem fore. Nihil autem hic residuum esse apparet ex eo quod nulla pars ante detracta est, quam primus possit capere. Ubi autem prius nihil detrahitur, aut ponitur, nihil dici potest residuum esse, id enim residuum est, quod restat. Respondeo. Revera hic nihil residuum est, quod primus capere non possit, cum nihil sit, quod capere non potuerit. Sed cogitatione testatoris hic duas habet partes, quo primus unam capiat, alteram non capiat. Testator ad hanc cogitationem orationem suam accommodat, secundum quam appellat residuum id totum, quod primus heres capere non poterat, et ex eo toto secundum substituit. Cum de voluntate testatoris constat, subtilitatem verborum spectare non debemus, *L. ex facto* 2. §. *rerum*, *D. h. t.* Huc pertinet. *L. non aliter*, *de L.* 3. Huic autem quæstioni hujus loci, locus esse potest, si proponas patrem naturalem instituisse filium suum ex ea parte, quam capere poterat, deinde mortuo patre compertum sit, hunc filium natum esse ex incesto coitu: sic enim fit, ut in totum capere nihil possit ex testamento patris naturalis secundum ea, quæ dixi *supr. ad* L. 1.

Ad L. Cum proponas. 3.

Imp. Alexand. A. Vitali militi.

Cum proponas Alexandrum equidem testamento primo loco Julianum ut libertum suum heredem instituisse, eique substituisse his verbis: *Quod si ex aliqua caussa primus heres hereditatem meam adire noluerit, vel non potuerit: tunc in locum ejus secundum heredem substituo Vitalem*: Post mortem autem testatoris Julianum servum communem fuisse defuncti militis et Zoili fratris ejus apparuerit, an tu ex substitutione admittaris, voluntatis est quæstio. Nam si credens eum proprium et suum libertum heredem instituit, nec per eum ad alium quenquam hereditatem pertinere voluit: exstitit conditio substitutionis: tibique hereditas delata est. Quod si verba substitutionis subscriptæ ad jus retulit, ut si nec per semetipsum alium fecisset heredem (potuit enim quanvis jubente domino, nolle adire) ita demum substitutus vocaretur: si tamen paruerit domino, et adierit: substitutioni locus non est. PP. VI. Kalend. Maii, Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Herede servo instituto, cui nisi heres erit, substitutus sit alius, an illo jussu domini adeunte hereditatem substitutus excludatur; et quando in partem cum domino servi admittatur substitutus et num.* 2.
3. *Et in quam partem admittatur.*
4. *Proponitur et illustratur species* L. si paterfamilias 40. D. de hered. instituen.
5. *Ejusdem* L. si paterfamilias, *genuina et emendata lectio contra Cujacium.*

1 CUM † testator servum heredem instituit, et nisi heres esset, ei aliquem substituit, servo jussu domini hereditatem adeunte, quæsitum est, an substitutus excludatur, quasi deficiente substitutionis conditione. Controversia hinc nascitur: quia alio videntur trahere verba substitutionis, alio sententia testatoris. Nam verbi significatione servus hereditatem adeundo non fit heres, quoniam domino hereditatem acquirit, ut nec vi-

videatur hereditas apud eum momento substituisse, L. *placet*, *D. de acquir. her.* Rursus voluntas testatoris est, servo herede instituto, ut is sibi hereditatem acquirere possit, vel domino, alioqui frustra institueretur heres. In hac controversia ex sententia et errore testatoris, itemque ex ejus obscura et incerta voluntate, varie constitutum est a veteribus, ut declaratur §. *ult. Instit. de vulgar.* L. *si paterfam.* L. *seq. D. h. t. et h.* L. 3. qui omnes loci ad eandem quæstionem pertinent, nec unus sine alio recte intelligi potest.

Est autem de hac re hæc juris veterum distinctio. Refert, utrum testator, qui servum heredem instituit, eum sciat servum esse, an vero liberum putet, et ita ei alium substituat. Si scit servum esse, servo hereditatem adeunte substitutus excluditur, quia testator voluit servum, quem instituebat, hereditatem domino acquirere aut sub conditione acquirere sibi. Nam aliter hic servus heres fieri non poterit. Id autem intelligitur testator voluisse, quod fieri potuit, ut declaratur in *d.* §. *ult. in fin. Institut. de vulg.* Quod si testator servum, quem instituebat, liberum putavit, nec quidquam amplius significavit de sua voluntate, quatenus vellet eum servum heredem esse; placuit, quanvis is servus jussu domini hereditatem adierit, tamen in hereditatem substitutum admitti, non quidem in totum, sed admitti in partem una cum domino servi instituti, ut sic ambo in partem hereditatis admittantur, §. *ult. in pr.* L. *et hoc*, *D. hic.*

Hoc a veteribus prima ratione absurdum constitutum videtur. Nam cum hic servus hereditatem adierit, ut et superiore casu; cur non et ibidem et hic substitutus excluditur? Hoc Julianus expedit in L. *si paterfam. D. h. t.* et totidem verbis *in d.* §. *ult. Instit. de vulgar.* explicatur. Est autem hæc ratio, quia et secundum verba substitutionis et secundum voluntatem testatoris servus, quanvis hereditate adita, heres non est, et proinde exstitit conditio substitutionis, eoque et substituto locus factus est. Quod ad proprietatem verborum attinet, jam dictum, servum hereditatem adeundo, proprie heredem non esse, sed dominum, cui hereditas acquiritur, *d. L. placet*, *de adquir. hered.* Quod attinet ad voluntatem testatoris, perspicuum est, cum testator eum instituerit, quem liberum putabat, testatorem hoc animo esse, ut ipse sibi hereditatem adquirat, vel ut ex libero servus factus eam acquirat alii; quoniam id futurum erat, si servus heres institutus liber fuisset, qualem testator esse putavit. Et ideo etiam subjicit: *Quod si heres non erit*, *Titius heres esto.* In verbis, *heres non erit*, cogitatione sua hoc dixisse intelligitur: *Si neque ipse sibi hereditatem acquisierit*, *neque mutata conditione alium heredem fecerit.* At in proposito nihil eorum factum est, cum servus hereditatem adiret jussu domini, primum quia sibi non acquisivit hereditatem, cum servus esset; deinde quia mutata conditione non quæsivit alii, cum neque mutaverit ipse conditionem, et etsi mutasset, hereditatem acquisivisset sibi et non alii. Ex quo intelligimus secundum conditionem substitutionis eum heredem factum non esse, et ita exsistente conditione substitutionis, substituto locum esse.

Sed ex hac re incidimus in majorem difficultatem. Nam si conditio substitutionis exstitit, substitutus admitti debet in totum, non in partem, servo et domino ejus exclusis. Respondeo: Hoc recte diceretur, si constaret plane, quid in hac conditione substitutionis testator sensisset: nunc autem quid senserit, incertum est, et nihilominus pro domino servi instituti faciunt et verba institutionis, et voluntas testatoris. Nam servus heres institutus postquam jussu domini adiit hereditatem, non est quidem heres jure, at est heres voluntate testatoris, neque id sine manifesto effectu. Nam si servus interim liber fiat, sibi hereditatem soli acquiret: si servus maneat, tamen hereditatem non adibit, nisi velit, eoque nec domino adquiret, nisi velit, ut dicitur in *d.* L. 3. *in fin.* Neque cogitatio, seu error testatoris refragatur: nam si testator voluit eum servum, quem liberum putabat, mutata postea conditione novum dominum heredem facere, consentaneum est, ut si servus adhuc servus sit, voluerit testator, ut præsentem dominum faceret heredem, cum novum dominum testator nosse non posset, præsentem autem antehac nosse potuerit.

In hac ergo incertitudine voluntatis testa-
toris visum est † neque substitutum exclu- 2
dendum in totum, neque rursus in totum admittendum, sed mediam sententiam sequendam esse, ut ambo ad hereditatem admittantur pro parte, ut alias mediam sententiam veteribus sequi placet in ambiguis rebus, in quibus rationes contrariæ rem in contrarias sententias distrahunt. Exempla sunt in *L. antiqui*, *circa fin. D. si par hered. pet.* §. *cum ex aliena*, *Instit. de rer. divis.* §. *ult. Instit. quib. ex causs. man. non licet.* Sed videri potuit in hac incertitudine voluntatis testa-

toris

toris neuter esse heres, neque institutus, neque substitutus, ut fit, cum ex duobus Titiis, Titius tutor datus est, et non intelligitur de utro testator dixerit: placet enim neutrum tutorem fore, L. *duo sunt*, *D. de test. tut.* Respond. Dissimilia hæc sunt: nam cum testator Titium tutorem dat, unum tutorem dat non duos, et fieri potest, ut si unum tutorem dedimus ex duobus, eum eligamus de quo testator non sensit, et ob id neuter erit, ne contra ejus voluntatem faciamus. At in proposito testator aperte duos heredes instituit; servum, quem primo loco instituit, et substitutum, quem secundo loco: proinde utrunque excludi, est contra voluntatem testatoris.

Restat ergo, ut cum de parte ignoremus, utrumque in partem admittamus. Quæsitum
3 est, in † quam partem? Resp. Cum voluntas testatoris et pro domino instituti, et pro substituto pariter faciat, consequens est, ut in pari caussa, parem quoque portionem esse utriusque partis oporteat. Admittentur ergo ex æqualibus portionibus. Id intelligitur ex *d.* L. *et hoc*, *D. hoc tit.* ubi simpliciter dicitur, in hac specie hereditatem dividi inter dominum servi, et substitutum. Qui hereditatem dividit, neque partes adjicit, æquas partes dicere intelligitur ex *d.* §. *ult. Inst. de vulg.* ubi simpliciter scriptum est in hac specie, Mœvium substitutum in partem admitti. Qui partem nominat, neque adjicit, quotam intelligat, dimidiam intelligere dicitur, *L. nomen*, §. *partitionis*, D. *de verb. sig.*

Sed huic partitioni adversatur *L. si paterfam. in fin. D. h. t.* ubi ita scriptum est, in hoc casu duos semisses fieri, ex quibus unus dividatur inter dominum servi et substitutum. Resp. Hoc in *d.* L. *si paterfam.*
4 scriptum esse † in dissimili specie. Nam cum dicimus, hereditatem ex æquis partibus dividi inter dominum servi et substitutum, id tum dicimus, cum unus est institutus servus, et unus, qui servo sit substitutus. Imperator autem in *d.* L. *si paterfam.* ait de ea specie, cum duo sunt heredes instituti, primo loco Titius, quem paterfamilias ingenuum putabat, qui tamen servus erat, et Sempronius, qui vere erat liber, ex quibus Sempronius coheres substitutus est Titio, si ille heres non esset. In hoc casu recte dicitur primum duos semisses fieri. Sic enim fieri necesse est ex institutione, cum duo sunt heredes instituti sine partibus, unde æquales partes factæ intelliguntur, L. 9. §. *heredes* D. *h. t.* Hæ partes duæ sunt semisses duo, ex quibus unum accipit Sempronius ex institutione, de altero semisse ambigitur propter Sempronium substitutum in eum semissem. Et Julianus ait, hunc semissem dividi oportere inter dominum servi, et Sempronium substitutum: merito, quia in hunc tantum semissem fuerat substitutus. Quemadmodum igitur cum ex tota hereditate servus heres institutus est, substitutus una cum domino instituti ad divisionem totius hereditatis vocatur; ita necesse est, cum servus ex semisse tantum institutus est, eum solum semissem inter dominum servi et substitutum dividi.

Sed sententiæ huic refragantur verba legis. Nam in principio *d.* L. *si paterfam.* tantum proponitur servus heres institutus, deinde Sempronius ei substitutus. Resp. Alciatus *lib.* 1. *disput. cap.* 2. testatur in hujus loci interpretatione, se legisse in veteri Codice hæc verba *in pr. d.* L. *si paterfam. Et Sempronium coheredem ei substituerit.* Sempronium coheredem qui dicit, satis significat eum prius heredem institutum fuisse, et Titio servo coheredem datum. Sed sive Alciatus ita legat, sive non: non dubium est, quin ita legi oporteat, cui lectioni mire respondent illa verba responsi: *igitur in hoc casu.* Quibus verbis significatur: Julianum non putare idem juris esse in omnibus casibus, in quibus testator servum quasi liberum putat institui; sed in hoc casu, ut intelligamus, in eo proprium aliquid propositum esse, diversum a cæteris, nempe hoc modo, quod duo coheredes instituti sunt.

Ut autem intelligamus, solum Titium institutum esse, ut vulgo veteres Interpretes putant, et nihilominus hanc fieri divisionem, ut unus tantum semis dividatur inter istos, nulla ratio patitur. Primo repugnant superioribus locis, de quibus dictum §. *ult. Inst. de vulgar. et L. et hoc*, *D. h. t.* Deinde nihil adjectum de altero semisse, de quo tamen præcipue dici oportebat ad divisionem hereditatis. Præterea utri ex his, de quibus quæritur, hunc semissem attribuemus, absurdissime faciemus. Cum enim ad eos eadem quasi voluntas defuncti pariter pertineat, dispariter hereditatem partiemur.

Sunt, † qui in *d.* L. *si paterfam.* ita 5
legendum putent: igitur in hoc casu semisses fient, ita ut as dividatur ex æquis portionibus, et quæ sequuntur. Qui, cum refelluntur auctoritate publicæ et receptæ scripturæ, ajunt, Julianum ita scripsisse; Tribonianum imperitum juris pro *as* reposuisse alter *semis*, quasi esset as alter, et litera *S*, semis valeret. Sed hæc temeritas mutandæ

dæ receptæ lectionis valde vitanda est, atque etiam explodenda, ubi mutatio nullo teste, nullo auctore probatur. Quanquam in proposito hæc mutatio evidentissime refellitur. Nam quod dicunt; Tribonianum non intellexisse verbum *As* in responso Juliani, convincuntur *ex* L. *seq. et hoc.* Nam is Tribonianus collegit legem *Et hoc*, quemadmodum collegit legem *Si paterfam.* Et in L. *et hoc*, nominatim posuit hereditatem inter dominum servi et substitutum dividendam, hereditatem et assem, ut non sit dubium, quin idem facturus fuisset in Juliani responso, si Julianus scripsisset, assem, non alterum semissem. Deinde dum verba responsi Juliani emendare volunt, apertissime ejus orationem depravant. Nam quod dixit duos semisses fieri, in hoc casu tantum addere debuit, inter dominium servi et substitutum, non autem adjicere illa verba, ita ut as dividatur ex æquis partibus; nam duos semisses fieri inter aliquos, et hereditatem dividi inter aliquos ex æquo, sunt orationes quidem plane pugnantes.

Ad L. si compensandi 6.

Impp. Philipp. A. et Philippus C. Antonio.

Si compensandi debiti gratia uxor maritum fecit heredem: desiderio tuo præter portionem hereditatis debitum quoque restitui postulantis, non tantum juris severitas, verum etiam defunctæ voluntas refragatur. PP. XII. Kal. Martii. Præsente et Albino Coss.

SUMMARIA.

1. *Casus legis proponitur.*
2. *Maritus ab uxore testamento heres cum alio institutus hac lege, ut debitum sibi ab uxore cum hereditate penset, an dimidiam debiti partem ab coherede petere possit.*

1 UXor † marito debuit 100. Ea testamento instituit duos heredes ex æquis partibus; Sempronium et maritum suum; sed maritum hac lege, ut debitum cum hereditate pensaret. Si de debito non petendo nihil cavisset uxor, jus ita futurum erat, ut maritus pro dimidia parte heres existens, dimidiam partem debiti amitteret, obligatione pro ea parte confusa; reliqua autem pars salva maneret, quam proinde, posset maritus petere a coherede, L. *ut debitum*, L. *si adulta, sup. de heredit. act.* L. Licet, *inf. ad leg. Falc.*
2 Secundum † hoc jus maritus in proposito instituit petere 50. aureos a coherede Sempronio, id est, dimidiam partem debiti. Quæritur, an possit? Rescriptum est non posse, quia voluntas testatoris impediat. Idem caveri posse a testatore cautum est in L. *si uxor, inf. de bonis auth. jud. possid.* Et merito, quia hæc scriptura pro liberatione coheredi legata accipienda est, huic autem liberationem legari posse, et quod idem est, heredem creditorem damnari posse, ne a debitore petat, inter omnes convenit, L. 2. L. *non solum autem.* §. 1. *D. de liber. leg.*

Adjicitur hoc rescripto et hæc ratio, quod legis severitas id exigat, quod referri debet ad L. Papiam, qua cautum erat, ne conjuges inter se ex testamento capere possint amplius, quam decimam, præterquam certis casibus de quibus *in fragment. Ulpiani sub tit. Decimis, et t. seq. et t. de solidi capacitate.* Sed et hæc lex postea sublata est, et jussum, ut conjuges non minus invicem capere possint ex suis testamentis, quam quivis alii cives Romani, *L. ult. inf. de inf. pœn. cælibat.* Post quam constitutionem, rescriptum hoc sola voluntate testatoris defenditur, nisi sententiam legis interpretari velimus jus, quo obligatio tollitur per confusionem, quod tamen minus proprie dici potest. Nam confusio æquitatem habet, non severitatem.

Ad L.

Ad L. Nec apud 7.

Imp. Dioclet. et Maxim. AA. Zenoni.

Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit: Portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet; restitui tibi præses provinciæ curæ habebit. PP. III. Non Decemb. Diocletiano II. Et Aristobulo Coss.

SUMMARIA.

1. *Adoptatus ab aliquo in fratrem, et postea ab eodem adoptionem valere rato, tamquam frater heres cum filio institutus, pro herede non est habendus.*
2. *Nemo alium sibi in fratrem adoptare potest.*
3. *Adoptio quid.*
4. *Objectio refellitur.*

QUidam apud peregrinos vel hostes, vel eos, qui cives Romani non erant, sibi aliquem adoptaverat in fratrem, et dum putat adoptionem valere, hunc semper pro fratre habuit. Idem postea testamento heredem instituit filium suum, et una cum filio hunc, quem pro fratre habuit, et instituit tanquam fratrem, nimirum sub appellatione fratris.
1 Cum fieret ei † controversia, quasi heres non esset, de eo ita hoc constitutum est, tum defuncti fratrem eum non fuisse, proinde tanquam fratrem institutum heredem non futurum, quæ sententia convenit *cum* L. 4. *sup. et* L. *neque, supra, prox. tit.* Adjicitur eam portionem filio defuncti addici debere, quod fit jure accrescendi, L. *qui ex duab.* §. *ult. D. de acquir. hered.*

Adjicitur præterea ratio, cur hic non fuerit frater, quia nemo † alium sibi adoptare 2
potest in fratrem, idque nec apud peregrinos. Quod dicitur neminem in fratrem adoptari posse, sumitur ex definitione et natura adoptionis. Nam adoptio † est modus civilis, quo 3
nobis quodammodo generamus liberos, L. 1. *D. de adopt.* Non gignimus autem nobis fratrem, sed liberos. Sed † obstare videtur, 4
quod defunctus fratrem istum sibi adoptasset, non apud cives Romanos, sed apud peregrinos, apud quos facile obtinebat, ut adoptione frater fieri posset. Respondent Imperatores, nihil profuturum defuncto, aut adoptato: quoniam ubicumque frater adoptatus sit, semper jus civile Romanorum eam adoptionem repudiat: nunc autem hereditas, de qua hic, percipitur secundum jus civile Roman. et non secundum jus peregrinorum.

Ad L. Collegium 8.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Hadriano.

Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est. PP. X. Kal. Jun. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Collegia an hereditatem capere possint? distinguendo affirmatur.*
2. *Collegia illicita collegia non sunt.*
3. *Collegia licita quæ.*

1 VEtus dubitatio fuit, an capita † certa civium Rom. institui possint, ut collegia; et dici obtinuit, non posse, ut dicemus ad L. *hereditatis, infr.* tandem receptum est, et hæc institui posse omnia, ut civitatem L. *hereditatis, infr.* L. *si quis heres*, §. *vitii, de legat.* 1. ut collegia, de quibus hic dicitur et merito, nam si cives Romani singuli recte instituuntur, nihil caussæ est, cur non corpora certa civium Romanorum recte instituantur, cum sub illis capitibus intelligantur instituti cives Romani. Sed cum de collegiis dicimus, hæc ex testamento capere posse, licita collegia intelligimus, ut hic declaratur. Nam illicita non † 2 sunt collegia, ut generaliter pro non facto dicimus esse, quod contra legem fit. L. *non dubium, supr. de legib.* Licita collegia † sunt 3 non ea, quæ cives sibi privatim sua voluntate constituunt, sed quæ permissu vel constituuntur, vel confirmantur, L. 1. *D. quod cujuscunque univers. nomine*, quod et hic significatur.

Ad L. Extraneum 9.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Juliæ.

Extraneum etiam, cum quis moreretur, heredem scribi sibi placuit. PP. XVI. Kalend. Novemb. Sirmi AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Duplex hujus loci lectio, et utraque probata.*
2. *Hæc institutio*, Titius heres esto, cum Sempronius morietur, *valet.*
3. *Valet et hæc institutio,* Titius cum morietur, heres esto.
4. *Adjectio hæc in persona heredis instituti*, cum morietur, *supervacua et pro non adjecta est.*
5. *Inter institutiones has*, Cum heres morietur, *et*, Cum alius morietur, *quid intersit.*

1 HIc † locus legitur dupliciter, vel ut extraneus institui possit, cum quis alius moritur; vel ut extraneus institui possit, cum ipse moritur. Quo posteriori modo Accursium legisse, ex glossa ejus apparet. Utraque lectio probata est, et sententiam veram et certi juris continet. Habet tamen utraque institutio nonnihil dubitationis, quæ re-
2 movenda est. Dicimus hanc † institutionem valere, *Titius heres esto cum Sempronius morietur.* Hoc amplius dicimus ita valere, ut Titius heres institutus non ante hereditatem possit adire, quam Sempronius mortuus fuerit: quoniam institutus sit sub conditione, quam conditionem expectare oportet, idque de ea ipsa specie conditionis diserte scriptum est in *L. heres meus*, §. *ult. D. de condit. et demonstration.*

Sed opponitur L. *hereditas*, D. *eod.* ubi scribitur, hereditatem ex die dari non posse. Qui-

Quidam respondent, non posse quidem ex die dari, ut dies exspectetur, sed diem rejiciendam esse, ut in ea L. *hereditas*, scriptum est, ideoque in proposita institutione idem faciendum esse, sed male; non enim intellexerunt his verbis, *Cum Titius morietur*, contineri diem incertum, ac proinde conditionem; nam dies incertus conditionem facit, L. *dies*, *de condit. et demonst.* Denique inter omnes veteres constitit, nihil interesse, utrum dicam, *cum Sempronius morietur*, *an si moriatur*; cum venerit, an vero si venerit, L. *si Titio*, *D. quand. dies* L. *ced.* L. *quodcunque* §. *non solum*, *de verb. oblig.* Unde et hanc conditionem exspectandam esse scribitur in *dict.* L. *heres meus.* Non obstat, quod dicitur conditionem quæ certo exstitura est, non facere conditionem, L. *si pupillus*, §. *qui sub condit. D. de novat.* Hoc enim vere dicitur in stipulationibus; quoniam conditionis eventus etiam ad heredes stipulatoris defertur, §. *ea conditione*, *Inst. de verb. oblig.* At in heredis institutione, nisi vivo herede exsistit conditio, frustra eo mortuo exsistet, quoniam mortuus amplius hereditatem adire non potest: hereditas autem non adita ad heredes non transfertur. L. *un.* §. *in novissimo, infr. de caduc. toll.*

3 Sed † nec minus valet illa institutio, *Titius, cum morietur, heres esto.* Quidam tamen hanc institutionem inutilem putant; quia heres institutus hereditatem adire non potest, cum moritur. Hi decepti sunt ideo, quia putaverunt heredem institutum non posse hereditatem adire, nisi cum moritur, et in summa, diem mortis esse expectandum,
4 quod non ita est. Nam † hæc adjectio in persona heredis instituti, cum morietur, supervacua est, quod sic liquido potest intelligi. Cum hæc scriptura, *cum heres morietur*, conditionem habet et diem, cum morietur, L. *si Titio*, *D. quando dies* L. *ced.* quod attinet ad conditionem, hæc pro non adjecta est. Denique non est hæc institutio conditionalis: nam quoties conditionem cernimus vivo herede, aut legatario non exstituram, qualis hæc est, toties pro conditione non habetur, L. *heres neque*, *in princ. D. de cond. et dem.* Superest dies; At hic etiam frustra institutioni adjicitur, et hæc adjectio perinde habet, quasi pura esset institutio, *d.* L. *hereditas*, D. *h. t.* Quibus efficitur, cum heres ita institutus est, *cum ipse morietur*, institutionem pro pura haberi, et ob id valere, quia quandocunque velit heres, possit adire hereditatem, cujus institutio differtur conditione, neque jus perditur mora. Referunt huc idem exempla de relicta libertate et relicto usufructu. Nam si Stichus jussus sit testamento liber esse, cum moreretur, placet inutiliter relinqui libertatem, L. *libertas*, D. *de manum. test.* non alia ratione, quam quod hic dies mortis Stichi expectandus est secundum adjectionem testatoris, quo die expectato nulla libertas esse potest, cum moriatur Similiter si Titio ususfructus relictus sit, placet inutiliter relinqui; quia dies mortis ejus expectandus sit, quo expectato, nullus ususfructus est, utpote, qui incipiat eo tempore, quo a persona recedit, L. *Titio*, *D. de usufr.*

Sed male hæc comparantur cum heredis institutione. Ideo enim in legatis diem mortui legatarii expectamus, cum in ejus mortem legatum datum est; quia libertas et quidvis aliud ex die et sub conditione relinqui potest, L. 1. *D. de cond. et demonstr.* Heres autem contra ex die heres institui non potest, *d.* L. *hereditas. D. h. t. et* §. *heres. Inst. h. t.* Summa † hæc est; Heres quan- 5
vis recte instituatur, et cum morietur ipse, et cum alius morietur; tamen inter utrumque hoc interest, quod cum heres institutus est, cum ipse morietur, pura institutio est, et volens hereditatem recte adibit, ob eam caussam, quam supra dixi. Cum autem institutus est, cum alter morietur, conditionalis institutio est, quoniam non est certum illum alterum moriturum vivo instituto. Proinde expectanda conditio est, et si ea pendente heres institutus decesserit, nihil ad heredes suos transmittit.

Ad L.

Ad L. Neque. 10.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Asclepiadæ.

Neque per se heredes institutos, quibus hoc concessum non est, neque per servos proprios hereditatem posse quærere, juris dictat ratio S. XVI. Kal. Sept. Sirmii, Cæs. Coss.

SUMMARIA.

1. *Qui per se hereditatem acquirere non potest, nec per servum suum potest.*
2. *Qui ipsi heredes institui non possunt, eorum nec servi institui possunt, posterius hoc quomodo temperetur.*

1 QUI † per se hereditatem acquirere non potest, nec per servum suum potest. Deportati, exempli gratia, institui non possunt; nec instituti, capere hereditatem, L. 1. *sup. h. t.* Si eorum servi instituti sunt, nihilo magis per servos capient, ut hic est constitutum, et recte. Plus est enim acquirere per alios, quam per semetipsum; et cum alicui non conceditur quod minus est, per seipsum, scilicet, acquirere, non debet concedi quod majus est, acquirere, scilicet, per alios. Hinc regula nata: Quod quis per se non possit, per alium non posse *c. quod alicui, extr. de reg. jur.* Huic loco opponitur L. *cum autem*, §. *ult. D. de ædilit. edict.* Deportatus cum servum ex donationis aut emptionis caussa acquisivisset, eum vendidit, et pretium consecutus est, quod et rite facere potuit, cum et donatio et emptio sit de jure gentium, L. *jurisgent. D. de pact.* Hic servus venditus cum apud emptorem esset, heres institutus est, et jussu emptoris ejusdemque novi domini hereditatem adiit, quæ et emptori quæsita est, §. *item nobis, Instit. per quas person.* Postea cum servum morbosum, aut vitiosum esse appareat, idcirco emptor eum ex edicto ædilitio redhiberi vult venditori, ut in integrum restituatur emptio quod ex d. lege licet, ubi scriptum est: Emptorem non alia conditione eum servum redhibere posse deportato, quam si una cum servo hereditatem per servum quæsitam restituat, tametsi deportatus ex sua persona capere non potuerit. Ex quo responso colligi videtur, eum deportatum, quem constat ex testamento alieno hereditatem alienam capere; tamen in proposito, aut per servum suum, aut emptorem capere: utrum autem dicamus, ad juris rationem nihil refert.

Sed dicendum est, nihil tale ex eo loco colligi, et in summa nihil hic quæri deportato, quod per se quærere non potuerit. Nam ipse hereditatem per servum non capit ex testamento: hæc enim prius emptori quæsita est. Rursus herditatem non acquirit per emptorem, hæc enim semel emptori quæsita, desiit esse hereditas, et cœpit proprium esse emptoris. Non prohibetur deportatus ab emptore requirere res ejus privatas: hic autem eo modo acquirit, cum acquirit ex caussa redhibitionis. Nam redhibitio est ex natura et jure actionis, ex empto, L. *ex empto.* §. 3. *de act. empt.* Plus dicimus hoc loco: qui † ipsi heredes institui non possunt, eorum 2 nec servi institui possunt, L. *non minus*, *D. eod.* Quod tamen sic interpretandum est: quod si deportati servi heredes instituti, frustra sint instituti, ut deportatis acquirant; si servi postea manumissi, sint ad hereditatem admittendi, L. *si servus ejus de acquir. hered.*

Non obstat, quod in heredibus instituendis spectatur tempus, quo instituuntur, ut sit cum eis testamenti factio, *L. si alienum*, §. 1. *D. eod.* §. *in extraneis*, *Inst. de hered. qual. et differ.* Hoc enim ita est, nisi is, qui capere non potest instituatur in id tempus, cum capere potuit, L. *in tempus*, *D. eod.* de eo autem tempore mens testatoris intelligitur, cum servus heredem instituit: hic enim intelligitur instituere, ut vel domino suo acquirat, vel si alienatus erit novo domino, vel manumissus, sibi acquiri possit, *Instit. de hered. instit. et* §. *alienus*, *L. si paterfam. D. eod.*

Ad L.

Ad L. Extraneum. 11.

Impp. Theod. et Valent. AA. Hierio PP.

Extraneum, etiam penitus ignotum, heredem quis instituere potest. Dat. XI. Kal. Mart. Constantinop. Felice et Tauro Coss.

SUMMARIA.

1. *Extraneus ignotus an heres institui possit.*
2. *Quod dicitur*, Judicium testatoris in testamento certum esse debere, *quo modo intelligatur.*

1 Dubitatum est, † an quis extraneum sibi ignotum possit instituere, propterea quod constitit inter omnes auctores juris, judicium testatoris in testamento certum esse oportere, et eum, qui certam legem testamento dicere non possit, testamentum facere non posse, L. *qui in testamento*, *D. de testam. et qui testam.* arg. in *L. illa D. hoc tit.* Non videtur autem testatoris judicium certum esse posse de homine, quem penitus non novit. Sed nihilominus placuit etiam maxime ignotum institui posse, ut *hic et in* §. *ult. Inst. eod.* Nec ad † rem pertinet, quod
2 judicium testatoris debet esse certum. Hoc enim judicium requiritur in rebus ejus et in persona ejus, ut sciat se testamentum facere posse, et sciat se jure posse et habere, unde testetur, ut declaratur exemplo *d. L. qui in testam.* Certum quoque judicium esse debet testatoris in eo, ut sciat nomen ejus, quem instituerit, ne erret in persona. Cætera, quia ad voluntatem supremam testatoris nihil pertinent, quales sunt mores heredis instituti, conditio et familia ejus, testatorem ignorare concessum est. Denique dum persona heredis instituti constet ex ea demonstratione, quæ certa sit, ad institutionem heredis satis est, *d.* L. *quoties*, §. *heres*, *D.* eod. Nihil huc pertinet quod dicitur in L. 1. peregrinos institui non posse. Alius enim est extraneus ignotus, alius peregrinus ille, qui nulla nos necessitudine attingit, hic etiam maxime ignotus institui potest, dum civis Romanus sit, ille civis Romanus non est; unde non potest institui etiamsi nobis notissimus sit, ut dictum *ad* L. 1.

Ad L. Hereditatis. 12.

Imp. Leo A. Erythrio PP.

Hereditatis, vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulis domus, aut annonæ civiles, aut quælibet ædificia vel mancipia, ad jus inclytæ urbis, vel alterius cujuslibet civitatis pervenire possunt, D. V. Kal. Mart. Martiano et Zenone Coss.

SUMMARIA.

1. *Civitates et municipia olim heredes institui non poterant, nec iisdem legari.*
2. *Ratio hujus constitutionis.*
3. *Contrarium hic constituitur.*

1 Constat † olim existimatum esse, civitates et municipia non posse heredes institui, perinde ut neque iis legari. Id scriptum *in fragm.* Ulpian. *tit. qui fac. her. poss.* Sed hujus juris certum est argumentum in L. *omnibus*, *D. ad Trebell.* ubi scriptum est, Senatusconsulto effectum esse, ut municipibus fideicommissa hereditas possit restitui.

tui. Ex quo intelligimus, ante id Senatusconsultum nullam fuisse necessitatem restituendi, quia videlicet municipium capere non
2 posset. Ratio † hæc videtur, quia incertis personis tum non poterat legari, §. *incertis*, *Instit. de legat.* quo ex genere putabantur esse civitates et municipia, quia civitates nihil sunt, sed ex civibus singulis æstimantur, cives autem incerti. Eodem accedebat, quod non videbatur, singulos cives adire posse, ut cernerent hereditatem.

3 Sed tandem † obtinuit, civitates et municipia institui posse, et quidvis ex alieno testamento capere, quod et ante hanc constitutionem inductum videri potest, ut colligitur *ex* L. 6. §. *si fisco*, *D. ad Trebell.* Utcunque est, id diserte hac constitutione cavetur: nec movebimur, quod incerta persona ex testamento heres institui, et capere non possit: nam singula capita civitatis certa sunt: ipsa autem civitas instituitur, non singuli cives. Et si quis putaret singulos cives institui; tamen non minus hi certi sunt; unde cum civitates nominantur, nominatur aliquid, quod certo loco notetur, id ut et locus ipse, certum est, L. *palam*, *de legat.* 1. L. *ait*, *D. de re jud.* Adde quæ dixi *ad* L. *collegium.*

Ad L. penult. Quoties.

Imp. Justinianus A. Mennæ *præfecto prætorio.*

Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est: alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte, vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam diminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri. Dat. VIII. Id. April. Constantinop. Decio V. Coss.

SUMMARIA.

1. *Ex re certa heres quis institui non potest.*
2. *Si quis ita sit institutus, an institutio valeat.*
3. *Quoties aliquid fit partim legitime, partim non, id quod licite fit, valet, nec per partem inutilem vitiatur.*
4. *Quoties fieri aliquid volumus, etiam ea velle intelligimus, quæ necessario antecedunt, et sine quibus ad id, quod volumus perveniri non potest.*
5. *Duobus heredibus ex rebus certis institutis quid juris sit.*
6. *Uno ex re certa, alio, vel aliis non ex re certa institutis, quid juris sit.*
7. *Ex re certa institutus, utrum legatarii, an heredis locum habere dicatur, quid intersit.*
8. *Heres ex re certa institutus, reliquis heredibus vel hereditatem non adeuntibus, vel deficientibus, quid consequatur, et num* 9.

QUæritur, an quis institui possit ex re certa, veluti ex fundo Tusculano? Et
1 certum † est non posse, ut quidem efficiatur heres ex ea re certa. Nam heres est juris universi successor, non unius rei, L. 9. §. *heredes*, *D. h. t.* §. *legatariis*, *Inst. de testam. ordin.* L. *hereditas*, *D. de reg. jur.*
2 L. *nihil aliud, de verb. sign.* Unde † rursus quæsitum est, an si quis ita sit institutus heres, institutio valeat? Et placuit valere, ut vel institutus legatum solum haberet, vel ut in totum heres esset: ut constat ex loco, *et* L. 1. §. *si ex fundo*, L. *si alterius*, *cum* L. *seq.* D. *eod.* Sed qui ita institutus est ex re certa, placet aliis eum heredem esse in totum, alias legatarii locum habere. Pro herede habetur, si solus ex ea re certa institutus est, *d.* L. 1. §. *si ex fundo.*

do. Sed hic primum repugnat ratio juris: nam dicitur neminem ex re certa heredem esse posse. Respondeo: cum dicimus, institutum hoc casu heredem etiam in universum heredem fieri; non eum dicimus talem quasi ex fundo solum sit heres; sed ita, ut quasi sine mentione fundi simpliciter institutus esset, ut ibidem scriptum est.

Sed rursum hic repugnat scriptura testamenti. Nam testator institutum non simpliciter heredem voluit, sed ex re certa. Respondeo: is, qui heres institutus est, esset, si posset, ex re certa: nunc quia non potest, idcirco quod non legitime adjicitur, pro non adjecto habetur, ut sic institutus fiat heres, detracta mentione fundi, idque congruit cum
3 ea definitione: Quoties † aliquid fit, sed partim legitime, partim non, id quod licite fit, non est inutile, neque vitiari per alteram partem inutilem placuit, *L*. 1. §. *antep. D. de verb. oblig*. Quod contingit in hac institutione: nam testator vult primum Sempronium sibi esse heredem, hoc utiliter facit, et ideo heres erit: vult præterea heredem esse ex certa parte, hoc vero inutiliter adjicitur, proinde pro non adjecto habetur. Qua ratione receptum est, etsi quis heres institutus sit ex die, is institutus intelligatur detracta mentione diei, *L. hereditas*, *D. eod.*

Sed rursum eadem utilitas testatoris restringi videtur, quo minus is, qui institutus, sit in totum heres. Nam cum testator eum instituit ex re certa, amplius eum habere nihil voluit, ac proinde ex voluntate testatoris heres non erit. Respondeo: imo hoc ipso, quod testator voluerit heredem institutum rem certam habere, etiam illum heredem esse voluit, quia eam rem testamento habere non potest, nisi adeatur hereditas ex testamento, *L. nunquam*, *infr. de fideicom.* Non poterit ex eo hereditas adiri, nisi is, qui institutus est, sit heres. Proinde testator eum quoque heredem esse voluit. Quoties
4 † enim fieri aliquid volumus, etiam ea velle intelligimus, quæ necessario antecedunt, sine quibus ad id, quod volumus, perveniri non potest, *L. illud*, *in fin. de acquir. her. L.* 1. §. 1. D. *si ususfr. pet. L.* 2. *D. de cond. instit.*
5 Idem juris † est, si duo sint heredes ex rebus certis instituti. Nam et hic, cum non possint eas res consequi ex voluntate testatoris, nisi et ipsi heredes sint; fit, ut ex eadem voluntate heredes sint: et quoniam non possunt heredes esse, nisi detracta singularum rerum mentione: fit, ut non pro modo rerum legatarum sint heredes, sed ex æquis partibus, L. *si alterius*, *et L. seq.* D. *eod.* Solum res, ex quibus instituti sunt, percipiunt prælegati jure in divisione hereditatis, de quo multis verbis disseritur in L. *ex facto proponebatur*, *D. eod.* Quod si † 6
unus institutus sit ex re certa, alius autem, aut alii instituti non ex re certa hic locum habet hæc constitutio, qua cavetur, eum, qui ex re certa institutus est, legatarii loco, non heredis, esse: eum autem, eosve, qui non ex re certa instituti sunt, solos heredes esse, solos exercere actiones hereditarias, solos a creditoribus hereditariis conveniri, et solos in summa hereditatis oneribus teneri. Differentiam facit sola voluntas testatoris: nam quoties testator instituit aliquem ex re certa, toties vult eum rem solum habere, si habere eam potest sine hereditate. Quod si eam habere non potest, nisi sit heres prius, vult quoque heredem prius esse. At prioribus duobus casibus, quos commemoravimus, institutus ex re certa, eam rem habere non potest, nisi prius sit heres, ut ejus aditione testamentum confirmetur, et proinde servetur voluntas testatoris, quo fit, ut etiam sit heres. In hoc autem postremo, de quo agitur hac constitutione, evenit, ut heres ex re certa institutus eam rem solam habere possit, etiamsi non sit heres, quia alii sunt heredes instituti, non ex re certa, qui veri heredes exsistere possunt, et quorum aditione testamentum confirmetur, ut sit ex eo testamento res certa, quæ huic ex re certa instituto præstari possit. Ergo ut dicimus, hic, qui exemplo proposito ex re certa institutus est, legatarii tantum loco habetur.

Quid † interest, utrum legatarii locum 7
eum habere dicamus, non heredis: hoc interest; quia legatarius nihil consequi potest præter rem legatam, heres autem in universum jus defuncti succedit, *L. heres in omne de acquir. her.* Præterea legatarius sine onere legatum habet, id est, non tenetur creditoribus hereditariis, soli heredes rei alienæ obnoxii sunt, L. *ult. supr. de her. act.* L. *si hereditatem*, *D. mandat.* Cæteri autem heredes instituti soli heredes sunt, et in solidum tenentur, sive instituti sint sine parte, sive ex certis tantum ratisque, ut hic adjicitur. Sine parte hoc modo: *Primus ex fundo Tusculano heres esto*, *Secundus et tertius heredes sunto.* Dicimus hoc casu secundum et tertium solos obligari jure alieno, quod dubitationem non habet, quia heredes sine partibus instituti, in totum instituti intelliguntur, L. *quoties*, 9. §. *heredes*, D. *h. t.*

Ex certis unciis institutio fit hoc modo: *Primus ex fundo Tusculano heres esto*: *Secun-*

cundus et Tertius ex quatuor unciis heredes sunto. Dicimus hic Secundum et Tertium in solidum heredes esse, et teneri creditoribus hereditariis. Hoc vero videbatur absurdum, institui videlicet istos in duodecim unciis, in quas dividitur hereditas, cum verbis testatoris solum instituti sunt ex 4. unciis. Hujus ergo dubitationis removendæ caussa in hac adjicitur constitutione, reliquos heredes, quanvis ex certis unciis instituti sint, nihilominus tamen heredes in solidum futuros, et onera hereditaria admissuros. Non obstat, quod sunt tantum ex 4. unciis instituti: nam quoties testator certas tantum uncias nominat, in his totam hereditatem ponere intelligitur, L. *interdum*, §. 1. *eod.* §. *hereditas*, *Instit. eod.*

Sed hæc omnia ita se habent, si in hac
specie hi, qui sine re certa instituti sunt,
aut omnes, aut quidam ex iis hereditatem
adierunt, ut sic testamenta confirmentur, et
legatum præstari possit ei, quem legatarium
8 esse volumus. Sed quid † si nemo ex here-
dibus institutis hereditatem adeat? Prima ra-
tione videri potest ei, qui ex re certa insti-
tutus est, nihil deberi; non eam rem cer-
tam, quia ea legata est; quo nomine dicitur
legatarius is, qui institutus est: hereditate
autem ex testamento non adita, nullum le-
gatum deberi potest. *d. L. eam quam, infr.
de fideicom.* Rursum nec deficientium here-
dum portiones huic ex parte instituta possunt
accrescere: quoniam ipse non est heres, sed
legatarius: portiones autem deficientes solum
ei accrescunt, qui et ipse sit heres, et prius
portionem hereditatis adierit, *L. qui ex plu-
rib.* §. *ult. D. de acquir. her.* L. 1. §. *ult.
et* LL. *seqq. de bon. poss.* L. *si ex pluri-
bus, de suis et legit. hered.*

9 Sed dicemus, † eum, qui ex parte institutus est, aliis heredibus institutis deficientibus solum heredem esse, quasi institutus esset, detracta rei certæ mentione. Nam hoc jus futurum erat, si solus heres institutus esset ex re certa, L. 1. §. *si ex fundo, de her. instit.* In specie autem proposita, cum hi, qui instituti heredes erant sine re certa, hereditatem non adeunt, solus reperitur institutus esse is, qui ex certa re institutus est. Proinde eodem modo solus heres erit, non quasi jure accrescendi aliorum portiones obtinuerit, sed quasi ab initio solus heres institutus esset, ut dictum. Non obstat, quod in hac constitutione dicatur legatarii loco esse, qui in specie proposita ex re certa institutus est. Hoc enim totum sic accipiendum est, si alii non ex re certa instituti heredes sint, quod fit illis hereditatem adeuntibus. Idque satis ostenditur ex eo, quod jubentur actionibus hereditariis uti, et teneri. Idem declaratur verbo legatarii: nam is, qui ex re certa institutus est, non potest esse legatarius, nisi legatum consequatur: non potest autem consequi, si ex testamento alii hereditatem non adierint.

Huic distinctioni, quæ hic tradita est, male vulgo putant adversarii *Auth. novissima sup. de inoffi. testam.* in quo agitur de filio, qui trientem habere debet, vel institutionis, vel quovis titulo, ex quo intelligimus, eam legem ad speciem hujus constitutionis nihil pertinere omnino. Nam hic aut filius instituitur non ex re certa, aut illic res certa relinquitur, sed non instituitur heres: nobis autem hic sermo est de eo, qui conjunctim instituitur heres, et vitiose instituitur; nempe ex re certa.

Ad L.

Ad L. ult. Cum in.

Imp. Justinianus A. Joanni *præfecto prætorio.*

Cum in libris Ulpiani, quos ad Masurium Sabinum scripsit, talis species relata *sit*, hanc apertius expedire nobis visum est. Quidam testamentum faciens ita instituit: *Sempronius Plotii heres esto.* Veteres quidem existimabant, errorem nominis esse, et sic institutionem valere, quasi testator Plotius nominaretur, et Sempronium sibi scripsisset heredem. Sed hujusmodi sententiam crassiorem esse existimamus. Neque enim sic homo supinus, imo magis stultus invenitur, ut suum nomen ignoret. Sed siquidem ipse testator Plotio cuidam heres exstitit: manifestum est sibi Sempronium heredem instituisse, ut per mediam ipsius testatoris personam Plotii heres efficiatur. Et hoc argumentamur ex antiqua regula, quæ voluit heredem heredis testatoris esse heredem. Sin autem nihil tale factum est, supervacuam et inanem hujusmodi institutionem esse: nisi prius herede Plotio sibi instituto, sic adjecerit, *Sempronius Plotii heres esto.* Tunc etenim existimandum est eum dixisse, si non Plotius heres sibi fuerit, tunc Sempronium in totum partemve Plotii ex substitutione vocari: ita ut ex consequentia verborum Plotius quidem institutus, Sempronius autem substitutus inveniatur. Sin autem neque ipse testator Plotio heres exstitit, neque Plotium heredem antea scripsit, et sic Sempronium Plotio heredem esse voluit: nullius esse momenti talem institutionem, cum non est verisimile in suum nomen quemquam errasse. Dat. III. Kalend. August. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Institutio hæc*, Sempronius Plotii heres esto, *quo accipienda modo, et an valeat, vel minus.*
2. *Justiniani super controversia hujus institutionis decisio, et nu.* 4.
3. *Heres heredis, heres quoque est testatoris.*
5. *Jus certum circa interpretationem voluntatis testatoris observandum.*
6. *Error nominis in institutione non nocet.*

1 Testator † ita heredem instituit: *Sempronius Plotii heres esto*, siquidem testator Plotius vocetur, expedita interpretatio est hujus institutionis. Sic enim est accipienda, quasi testator instituerit sibi, ut de sub tertia persona sit locutus. Sin testator Plotius non vocetur, quæsitum est, an valeat institutio? Non valere statim dixeris; quia testator sibi heredem non instituit: instituit Plotio, sed non potuit, quia certa est voluntas testatoris, si quis legaverit rei suæ, non alienæ, L. *verbis* L. *de verb. sig.* L. *testandi*, *supr. prox. tit.* Rursum institutionem valere dixeris, ut valeat detracta Plotii mentione, quemadmodum fieri dicimus in iis speciebus institutionum, de quibus ad L. *pen.* dictum est, L. 1. §. *si ex fundo*, *D. h. tit.* Quod posterius veteres quidam secuti sunt, quasi non videretur testator satis nominis sui meminisse. Justinianus † hanc controversiam decidens ita constituit: Institutionem hanc duobus casibus recipi posse: unus est, si testator alicui nomine Plotio heres prius extiterit. Sic enim accipietur institutio, quasi testator jusserit Sempronium sibi heredem esse, ac per se Plotio. Quæ interpretatio ita recte defenditur: cum enim testator jubet Sempronium heredem esse Plotio, intelligitur velle ea omnia, sine quibus Plotio heres esse non potest, *arg. in* L. *illud*, *de acq. hered.* L. 2. *D. de jurisdict.* Non potest autem Sempronius Plotio heres esse, nisi prius testatori heres extiterit, cui si extiterit heres, idem quoque Plotii heres erit. Proinde ex voluntate testatoris Sempronius testatori heres erit, ac per Sempronium he- 2

3 res erit Plotio. Idque † consentaneum est regulæ juris: Heredem heredis heredem quoque esse testatoris, quæ regula hic refertur, estque sententia juris certi, *ex* L. 3. *de pet. her. L. interdum. de appell.* L. *sciendum est heredem. de verb. sig.* Secundum quam regulam dicemus, in proposito Sempronium, cum heres factus erit defuncti, de cujus testamento nunc agitur, heredem quoque futurum testatoris Plotii, cui defunctus hic heres extiterat, et merito; nam in proprio defuncti reperiuntur, omnes hereditates eorum
4 quibus prius heres factus erat. Altero † casu defenditur hæc institutio, si testator aliquem Plotium sibi heredem instituit, deinde ita scripsit: *Sempronius Plotii heres esto.* Hic enim sic accipitur hæc institutio, ut Sempronius testatori sit heres, si Plotius heres institutus, heres non erit. Sed videtur hæc interpretatio verbis institutionis plane repugnare, ac propterea admitti non debere. Nam verba institutionis exigunt, ut Sempronius fiat heres Plotio; secundum sententiam autem Justiniani fit heres testatori, non Plotio. Nam ex substitutione vulgari, qualem hic interpretatur Justinianus, testatori succeditur, non heredi instituto, ut Inst. *de pupill. substit.* diserte dicitur *in prin.* Respond. Fatendum est, Sempronium in proposito secundum verba institutionis, admitti non posse ad hereditatem testatoris, sed secundum sententiam testatoris admittitur, et institutio valet. Nam his verbis, *Sempronius Plotii heres esto;* intelligitur testator prius Plotium heredem instituisse, deinde Sempronium ei substituisse, in pupillarem casum, sive in secundum casum, si Plotius heres erit; et intra aliquot annos postea decesserit. Quod ita interpretamur; quia qui in hunc casum primo heredi substituitur, fit heredi instituto heres, non testatori, *dict. loco* Instit. *de pupill. subst. in prin.* Est autem † jus certum circa interpretationem voluntatis testatoris: quoties testator primo instituto aliquem substituit in secundum casum, *si primus heres erit*, videri etiam eundem substituisse in primum casum vulgarem, *si primus heres non erit*, L. *jam hoc jure. D. de vulg. subst.* Ex hac vulgari substitutione tacita hæc institutio defenditur. 5

Quod si testator neque extiterit heres alicui Plotio, neque Plotium aliquem heredem instituerit, placet institutionem inutilem esse. Hic occurritur. At error † nominis non nocet: quid igitur prohibet, quo minus hic errante testatore intelligatur semper heres institutus esse? De nomine est *L.* 3. §. 1. D. *de legat.* 1. Resp. Non dicimus institutionem ideo hic non valere, quasi testator in nomine proprio erraverit, et hic error noceat: tantum enim abest, ut hæc rejiciatur institutio propter errorem nominis, ut nominatim Justinianus dicat, non ideo improbari, quia testator in nomine erravit. Non vero verisimile esse quenquam in nomine suo errare. Sed hæc ratio est, quam initio ostendit, quia potuerit testator sibi heredem instituere, sed noluit. 6

At quomodo, cum quis ex re certa instituatur, institutio valet rei certæ detracta mentione? Item cum quis institutus est ex die, institutio recipitur, detracto eo die? L. *hereditas de eod.* Respondeo: quia in superioribus caussis testator voluerit eum, quem instituit, aliquo modo heredem esse, ut aliquo modo capere non possit etiam heres, nisi inutilibus detractis. Ea igitur secundum voluntatem testatoris detrahuntur, ut sit heres, quem instituerit. In proposito autem apparet testatorem non instituisse Sempronium sibi, sed Plotio, non detrahetur igitur, quod testator adjectum voluit, ne fiat illi heres is, quem sibi heredem esse noluit.

AD TITU.

AD TITULUM XXV.

COD. DE INSTITUTIONIBUS, ET SUBSTITUTIONIBUS ET RESTITUTIONIBUS SUB CONDITIONE FACTIS.

SUMMARIA.

1. *Continuatio hujus tituli cum superiore.*
2. *De institutione, quæ fit sub conditione, tria quæruntur.*
3. *I. An omnes sub quavis conditione institui possint.*
4. *Conditio, quæ aperte verbis in alienam transfertur voluntatem, inutilem reddit institutionem; secus, si tacite id fiat.*
5. *Institutio captatoria institutionem vitiat et tollit.*
6. *II. An conditio sit exspectanda: et quare conditio, non dies, institutioni utiliter adjiciatur et n. 7.*
8. *Impossibilis conditio in testamento pro non adjecta habetur.*
9. *III. An si conditio exspectanda est, ita exspectanda sit, ut nisi impleatur, nulla sit institutio, nullum legatum.*

1 DIctum est † proximo titulo ut institutio valeat, duabus in rebus positum esse, in persona heredis, ut sit, qui institui possit, et in instituendi modo, ut rite facta sit institutio. De persona heredis illic dictum est. Instituendi modus hic enarratur. De eo autem in summa hoc est satis. Heredem pure institui posse citra controversiam; ex die, aut ad diem non posse: sub conditione autem itidem posse, §. *heres*, *Instit. de hered. instit. L. hereditas*, *D. h. t.* Hinc
2 † de institutione, quæ fit sub conditione, tria quæruntur. I. An omnis sub quavis conditione institui possit? II. Si quis sub conditione recte instituitur, ut institutio valeat, an omnis conditio, idest, ejus eventio, sit expectanda? III. Si exspectanda est, an conditione non impleta inutilis sit institutio?
3 quod quæritur, † an omnes sub quavis conditione institui possint, de eo sic habendum est: regulariter posse; sed hic et quasdam personas excipi, et in omnium heredum persona, quasdam conditiones. In personis excipiuntur filii, qui sunt in potestate testatoris, quos placuit non posse heredes institui, nisi sub ea conditione, quæ sit in eorum potestate, *L. 4. h. t.* ubi dicetur. In omnium autem persona heredum excipiuntur duæ conditiones, quibus adjectis inutilis est institu-
4 tio, I. Illa conditio, † quæ aperte verbis in alienam voluntatem transfertur, ut puta, hæc inutilis est institutio, *Titius heres esto, si Mercurius voluerit*, ubi voluntas Mercurii aperte exprimitur. Diversum est, si conditio conferatur in voluntatem Mercurii, sed tacite, utpote hæc institutio valet, *Titius heres esto, si Mercurius Capitolium ascenderit*, tametsi sit in potestate Mercurii Capitolium ascendere, aut non. Hœc in L. *illa*, *D. de her. instit.* L. *si quis Sempr. eod.* L. *nunquam*, *D. de cond. et dem.* ad quam distinctionem pertinet regula juris, cujus est hic sensus: si quid lex adjici vetat, id ita nocet, si expressum sit: quod si expressum non sit, non nocet, etiamsi intelligatur. Hujus generis est hæc voluntas extranei, quam lex in conditione institutionis hujus adjici vetat. Alterum † genus est, 5 conditionis, quæ captatoria est, et captatoriam facit scriptura, veluti Titius heres esto, si me heredem instituerit. Hujus generis institutiones, et legata nullius sunt momenti, L. *captatorias*, *sup. de Testam. milit.* ubi de hoc genere dicitur.

Si juste et recte institutio sub conditione facta est, sequens est quæstio, † an condi- 6 tio sit expectanda? Et hic hoc convenit inter institutionem, quæ fit ex die, et eam, quæ fit sub conditione, quod utraque pariter valeat, ut heres admittatur. Hæc differentia est, quod diei adjectio inutilis est, *d. L. hereditas*, *D. de hered. Instit.* Conditione autem adjecta et institutio utiliter fit, et conditio utiliter adjicitur: id est, quod quæri-

rimus, conditio est expectanda, L. *un.* §. *sin autem*, *infr. de ead. toll.* Differentiæ ratio
7 tio † nata est ex regula juris, qua efficitur: neminem in paganis pro parte testatum, et pro parte intestatum decedere posse, *L. jus nostrum*, *de reg. jur.* Adversus hanc regulam peccatur, si dies utiliter adjicitur, et ob hanc caussam pro non adjecta habetur. Non item peccatur, si conditio admittetur: nam cum testator heredem instituerit post duos annos, quam moriatur ante eos duos annos heredem esse non vult, ac proinde intestatus pro eo tempore decedit, sic fit, ut velit interim hereditatem ad legitimos heredes pertinere: argumento est, quod ita res transigeretur, si heres ex die a milite institutus esset, L. *miles, ita*, *de milit. testament.* Hoc autem, ut dixi, regula juris non patitur in paganico testamento, ut testator pro parte temporis testatus, et pro reliqua intestatus decedat, ubi testator heredem instituerit sub conditione, quemadmodum conditione deficiente, non vult institutum in totum heredem esse; Sic conditione contra exsistente, vult in totum esse heredem, non tantum pro eo tempore, quod sequitur eventum conditionis, sed etiam pro tempore antecedente, ut appareat conditionem non tempori adjici, id est, adjici eo, ut intelligatur, an testator voluerit institutum heredem esse, non autem ex quo tempore voluerit. Ita rursum fit, ut ex conditione, aut in totum testatus decedat, aut in totum intestatus, sive conditio defecerit, sive exstiterit.

Sed hæc de conditionibus possibilibus dicta sunt. Impossibilis † conditio in testamen- 8
to pro non adjecta habetur, *L.* 3. *D. de cond. et demonst. L.* 1. *de condit. inst.* §. *impossibilis*, *Instit. de her. Instit.* aliter atque in contractibus, §. *si impossibilis*, *de inutil. stip. L. non solum*, *de verb. oblig.* Proinde impossibili conditione institutioni adjecta, is qui institutus est, erit heres omnimodo, si velit, ut is, qui pure institutus erit. Impossibiles conditiones quædam sunt natura, quædam jure: natura, veluti, si digito cœlum attigerit. Postrema quæstio, † si 9
conditio exspectanda est, an ita expectanda est, ut nisi impleta sit, nulla sit institutio, nullum legatum, cui conditio erat adjecta? Responsio consequens est superioribus: postquam conditio utiliter adjicitur, nisi ea impleta sit, nullam institutionem esse, nihil denique deberi, L. *cedere*, *de verb. sig.* quod tamen non est perpetuum; nam interdum quæ revera non est impleta conditio, pro impleta habetur, de quo est in L. 1. *h. t.*

Ad L.

Ad L. Cum avum. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Alexandro.

Cum avum maternum ea conditione filiam tuam heredem instituisse proponas, si Anthylli filio nupsisset: non prius eam heredem exsistere, quam conditioni paruerit, aut Anthylli filio recusante, matrimonium impeditum fuerit, manifestum est, PP. Kalend. Octob. Anulino et Frontone Coss.

SUMMARIA.

1. *Conditionum distinctio, in quæstione, an conditio pro impleta habeatur, advertenda.*
2. *Casualis conditio quocunque modo defecerit, institutio nulla est, legatum nullum.*
3. *In conditione potestativa, si per eum, in cujus persona implenda est, stat, quo minus impleatur, pro impleta habetur.*
4. *Item si conditio hoc casu non impleatur, cum per rerum naturam impleri non possit, conditio deficit et nulla est institutio, nullum legatum.*
5. *Is, cujus interest conditionem impleri, quis intelligatur.*
6. *De eo, in cujus persona conditio est implenda, casu mortuo, auctorum juris dubitatio, et triplex præsertim varietas advertenda est, et num.* 7. 8. *et* 9.
10. *Prædictorum conciliatio.*
11. *In conditionibus, quæ in alterius persona impleri debent, si quæratur an illo mortuo pro impleta habeatur conditio: quæ hic habenda distinctio: contraria distinctionis utrique parti refutantur per tot.*
12. *Conditio possibilis non impleta sine exceptione defecisse intelligitur.*
13. *Conditio impossibilis pro impleta habetur.*

1 CUM quæritur, † an conditio pro impleta habeatur, videndum est, cujusmodi sit: nam quædam conditiones conferuntur in eventum, quædam in potestatem heredis aut legatarii. Priores dicuntur a Justiniano casuales, posteriores potestativæ, L. *un.* §. *sin autem*, *infr. de cad. toll.* Casua-
2 lis † conditio, quocunque modo defecerit, institutio nulla est, legatum nullum. Non enim hic spectamus, quid voluerit hic, qui instituitur, cum voluntate testatoris non sit conditio in voluntatem ejus, aut potestatem collata, sed in casum, ex quo testator legatum, seu institutionem valere voluit. Quod si conditio in potestatem heredis collata sit, ita ut impleri debeat in persona alterius, in hoc
3 genere hæc distinctio est. Nam si † per eum, in cujus persona conditio implenda est, stat, quominus impleatur conditio, pro impleta ha-
4 betur. Hoc autem † casu si conditio ea non impleatur, cum per rerum naturam impleri non possit: placet conditionem deficere, et nullam esse institutionem, nullum legatum, quantumvis per heredem, aut legatarium non steterit, quo minus conditio impleretur. Utriusque partis distinctiones suppeditat L. 1. Cujus distinctionis pars prior expressa est in L. 5. vers. *sed si*, *D. quando dies*, *L. ced.* et statuitur diserte in exemplo *h. L. si Seja Titio nupserit.*

Eadem regula est expressa a Veteribus his verbis: quoties per eum, cujus interest conditionem impleri, stat, quominus impleatur, toties pro impleta habetur. Item L. *in jure civili*, *D. de reg. jur.* Is, cujus † interest 5
conditionem impleri, intelligitur, in cujus persona conditio implenda est, utpote ad quem ex ea re aliquid perventurum est: ut in hac conditione; *si heres Stichum manumiserit;* Stichus est is, in cujus persona conditio implenda est, et ita cujus interest impleri; nam ex eo consequitur libertatem. Ita in hac conditione; *si Titio decem dederit;* Titius est is, in cujus persona conditio implenda est, et cujus interest conditionem impleri, ut decem consequatur. Talis est Titius in hac conditione, *si Seja Titio nupserit:* et nam Titius impleta conditione, accipiet uxo-

uxorem. Ergo ejus interest. Quæ conditio eleganter negative expressa est, et recte iis verbis: quoties per eum cujus interest conditionem non impleri, stat, quo minus impleatur, toties pro impleta habetur, L. *in jure civili*, *de cond. et demonstr.* Is, cujus interest conditionem non impleri, est is, qui conditione impleta debiturus est, utpote heres, L. *Julius* §. *ult. de cond. et demonst.* Veluti si quid legatum sit Titio, si heredi 10. daret, hic vere dixeris interesse heredis conditionem impleri, ut decem accipiat, et rursum interesse non impleri, ne impleta conditione legatum debeat. Generaliter autem si stet per heredem, seu per eum, qui impleta conditione debiturus est, quo minus conditio impleatur, toties pro impleta habetur, *d. L.* 5. vers. *sed si ea. D. quando dies leg. d.* L. *Julius, de condit. et demonstr.* Hæc pars nullam dubitationem habet.

Altera pars distinctionis supra scriptæ de eo, in cujus persona conditio implenda est, casu mortuo, magnas dubitationes habet. Varia enim et in speciem pugnantia tradita sunt
6 de hoc genere a veteribus. In eo † autem varietatem triplicem animadvertere possumus.
7 Nam † cum is, in cujus persona conditio implenda est, mortuus est, priusquam recusaret admittere conditionem; quædam sunt definitiones, in quibus respondetur defecisse citra distinctionem. Qualis est hæc conditio; *si Seja Titio nupserit*; ubi Titio mortuo priusquam matrimonium recusaret, placet Sejam conditione desertam videri, sive Titius decesserit vivo testatore, sive mortuo. Quæ sententia non obscure colligitur ex hoc rescripto, vel diserte expressa est in *L. legatum*, *D. de cond. instit.* L. 3. *de cond. et*
8 *demonstr.* Quædam † sunt definitiones, in quibus contra conditio pro impleta habetur, qualis est hæc conditio; *si alimenta libertis legata sint*, *si cum matre*, *aut liberis testatoris morarentur*; nam quo minus cum matre, aut liberis morati sunt, placet alimenta nihilominus deberi, si per libertos non steterit, quo minus morarentur, L. 1. *infr. de legat. L. annua*, *de an. leg.* L. *Cajo*, §. 1.
9 *de alim. et cib. leg.* Est tertium † genus conditionum, in quo ipso veteres videntur contraria scripsisse. Talis est hæc conditio, *si heres Stichum manumiserit.* Nam mortuo Sticho, quibusdam in locis scriptum est conditionem pro impleta haberi, ut in L. *quæ sub cond.* §. *quoties*, *de cond. Inst. et* L. *turpia*, §. *de leg.* 1. Aliis in locis contra scriptum est, conditionem defecisse videri, sive mortuo testatore Stichus decesserit, sive vivo, L. *inde Neratius*, §. *idem Julianus*, *D. ad* L. *Aquil.* Quæ ut dixi, contraria videri possunt. Nec enim audiendi sunt interpretes, qui ista genera conantur distinguere. Ajunt hanc conditionem, *si heres Stichum manumiserit*, esse in potestate solius heredis. Jam autem conditionem, *si Seja Titio nupserit*, esse in potestate partim Sejæ, partim Titii. Nam utroque mortuo, perspicuum est neutrum fuisse in potestate heredis, utpote quem casus mortis pariter impedierit. Deinde, quemadmodum in potestate est Titii matrimonium, ita in potestate est Titii efficere, ne manumittat, vel fugiendo, vel sibi manus inferendo. Idem quoque in manu Dei positum est si illi mortem attulerit. Neque enim illud verum est, quod dicunt in hac conditione, *si liberti cum matre morabuntur*, mortua matre, conditionem pro impleta esse favore alimentorum. Nam in L. *illis*, *de cond. et demonst.* dicitur, hanc conditionem superiore casu non pro impleta esse sed defecisse.

Hæc † ut conciliari possint, statuendum 10
est ita. Primum animadvertendum est in hac conditione *si liberti cum matre non morabuntur*, proprium quoddam esse diversum a cæteris hujus generis conditionibus, ut scilicet mortua matre et generaliter conditione quoquo modo impedita, conditionem pro impleta videri, dummodo non stet per libertos, quo minus morentur. Id autem intelligitur ex fine hujus conditionis. Nam cum testator libertos morari jussit cum matre, voluit, ut non modo obsequium præstent matri et iis, cum quibus morari debent, id notatur in *d. L. illis*, D. *de cond. et dem.* Porro quod hic exigitur obsequium a libertis, non est positum in facto morandi, sed in propensione voluntatis. Is enim obsequio satisfacere intelligitur, qui paratus est obsequi, modo liceat, quemadmodum hi servi dicuntur servisse, qui cupientes servire non potuerunt, quia ægroti erant, L. 4. §. *Sticus*, *de stat. liber.* Cæteræ omnes † conditiones, quæ in al- 11
terius persona impleri debent, sunt dissimiles. In his autem cum quæritur, an mortuo eo, in cujus persona conditio implenda erat, conditio pro impleta habeatur? distinguendum est. Interest enim, utrum mortuus sit tunc, cum conditio potuit impleri, an vero tunc, cum non potest. Nam priore † casu conditio sine ex- 12
ceptione defecisse intelligitur, quia fuit possibilis, conditio autem implenda est, si potest L. *que sub cond.* §. *quoties*, *in fin. de cond. Inst.* idest, si potest impleri jure, et natura. Unde intelligimus, si tum non est imple-

13 impleta, defecisse videri. Posteriore autem † casu conditio pro impleta habetur, quoniam quæ conditio impleri non potest, est impossibilis. Impossibiles autem conditiones non nocent, non tam quod habeantur pro impletis, quæ impleri non potuerunt, quam quod habentur pro non adimplendis, L. 3. *de cond. et demonst.* Ex hac distinctione natum est, quod distinguantur conditiones a veteribus, *si Seja Titio nupserit*: et, *si heres Stichum manumiserit.* Scire enim oportet, hanc conditionem, *si Seja Titio nupserit*, quandocunque impleri posse, non solum mortuo testatore, sed etiam testatore adhuc vivo, L. *hæc conditio* 10. L. *cond.* 9. *de cond. et dem.* Contra autem hæc conditio; *si heres Stichum manumiserit*, mortuo testatore impleri potest, vivo non potest, L. 2. *de cond. et dem.* Ob hanc caussam placuit in hac conditione, *si Seja Titio nupserit*, Titio quandocunque mortuo conditionem defecisse, et Sejam heredem Titii non futuram, scilicet, quia quandocunque Titius decedit, tunc decedere intelligetur, cum Seja illi nubendo conditionem implere potest. At in hac conditione, *si Seja Stichum manumiserit*, res aliter se habet, nam si Stichus decessit, adhuc vivo testatore, placet Sejam heredem conditione defectam non esse, sed conditionem pro impleta videri.

Hæc est species L. *quæ sub cond.* §. *quoties*, *de cond. inst.* ubi proponitur Stichus mortuus, sed nominatim adjicitur vivo testatore. Igitur hoc casu conditio defecisse non videtur, quia tunc conditio fuit impossibilis heredi, sub hac conditione instituto; non enim potuit eam jure implere. At si idem Stichus moriatur mortuo testatore, conditionem placet defecisse videri, et eum, qui sub conditione institutus est, heredem non futurum. Hæc enim species est *L. inde*, §. *idem Julianus*, *D. ad* L. *Aquil.* Sed utraque species hujus distinctionis suas objectiones habet. Nam primo quod dicitur, si Stichus vivo testatore decesserit, conditionem pro impleta haberi, id negari videtur in *d.* L. *inde Nerat.* §. *idem Jul.*, *ad* L. *Aquil.* Non enim tantum illic dicitur, si Stichus occisus sit mortuo testatore, defecisse conditionem, sed etiam adjicitur: si vivo testatore occisus sit, æstimationem heredis cessare. Quibus verbis significatur, etiam hoc casu amissam esse hereditatem domino, qui conditione defectus sit; sed tantum hoc casu hereditatem non esse æstimandam in actione L. Aquiliæ de servo occiso. Hoc loco adducti Interpretes generaliter statuerunt, quocunque tempore occisus sit Stichus, conditionem superiorem defecisse videri: diversum esse, si Stichus non sit occisus, sed naturaliter mortuus sit, quo rursus casu statuunt, semper conditionem haberi pro impleta, quocunque tempore mortuus sit, et ita interpretantur *d.* L. *quæ sub cond.* §. *quoties*, *de cond. Inst.* Et nos hanc distinctionem sequeremur libenter, ut non improbabilem plane, nisi et verba Ulpiani et vera ratio huic definitioni refragaretur. Nam Ulpianus in *d.* L. *quæ sub cond.* §. *quoties*, de Sticho mortuo nihil distinguit, quando mortuus sit: tam enim moritur, qui occiditur, quam qui naturaliter moritur. Deinde vera ratio facit, ut in quibus caussis eadem ratio est, in iis idem jus statui debeat, L. *illud*, *D. ad* L. *Aquil.* Nihil autem interest ad casum naturæ, an Stichus naturaliter moriatur, an occidatur ab alio; tam enim casu moritur, qui moritur natura, quam qui ab alio occiditur. Ac proinde in utraque morte ad conditionem vel implendam, vel deficiendam nihil interest. Nam quod illi hanc rationem differentiæ reddere conantur, plane ridiculum est. Volunt, cum Stichus ab alio occisus est, ideo conditionem defecisse, quia dominus sub ea conditione institutus hereditatem persequi possit ab eo, qui occidit. Quod præpostere et absurde dicitur. Non enim ideo conditio deficit, quia dominus hereditatem amissam persequi potest; sed ideo persequi potest, quia prius conditio defecit. Oportet igitur prius demonstrari conditionem defecisse, deinde tractari de hereditate persequenda. Isti autem contra naturam faciunt priorem persecutionem domini, quam defectum conditionis.

Deinde si hanc rationem sequimur, conditio hæc, *si heres Stichum manumiserit*, pro impleta habebitur, si vivo testatore occisus sit. Nam hoc casu dominus hereditatem ab extraneo consequi non potest, ut dicitur nominatim in *d.* L. *inde Nerat.* §. *idem Jul.* Et tamen illic sequitur, conditionem videri defecisse hoc casu. Tenebimus igitur: Ubi vivo testatore Stichus decessit sive naturaliter, sive occisus sit, conditionem non videri defecisse ob eam rationem, quam supra dixi; quia tum conditio sit impossibilis probatur, in *d.* L. *quæ sub cond.* §. *quoties*, *de cond. et demonst.* Ad objectionem autem L. *inde Neratius*, §. *idem Jul.* sic respondemus: Illic non dici, si Stichus vivo testatore occisus sit, conditionem defecisse, ut in priore casu; sed dici hoc casu hereditatis æstimationem cessare, et etiamsi conditio defecerit; quod

quod ideo dicitur ab Ulpiano, quia etiamsi vivo testatore Stichus occidatur; interdum tamen potest deficere conditio, ut puta si testator fecerit potestatem Titii manumittendi, etiam se vivo. Item ita instituendo; *Titius mihi heres esto, si Stichum munumiserit, vel me vivo, vel me mortuo.* Cæterum si testator simpliciter ita scripserit, *Si Stichum manumiserit*, constanter tenendum est, eam conditionem vivo testatore impleri non posse, *d. L.* 2. *D. de cond. et dem.* Quod si impleri non potest, ne deficere quidem potest, quæ est impossibilis.

Rursus quod dicitur, si Stichus mortuo testatore decesserit, conditionem defecisse, sive naturaliter mortuus sit, sive occisus sit ab alio. Hæc quoque pars incurrit in alios locos specie contrarios, in quibus generaliter tradi videtur, mortuo Sticho superiorem conditionem haberi pro impleta, quandocunque mortuus sit, hac ratione, quia per heredem, aut legatarium non stat, quo minus Stichus manumittatur, qui mortuus est. Hoc scribi videtur primo in *d.* L. *quæ sub cond.* §. *quoties.* Nam in extremo illa verba sunt: *Nam mortuo Sticho nemo diceret heredem submovendum*: implenda est enim conditio, si potest. Respondeo: hæc verba postrema ad priora referenda sunt: nam Ulpianus eo loci persequitur unum eundemque sermonem. Initio autem proposuerat de Sticho, qui mortuus est vivo testatore, quæ igitur sequuntur, cum eadem adjectione intelligenda sunt, ut sit sensus: nam mortuo Sticho, vivo adhuc testatore, ut proposuimus, nemo dicet heredem submovendum; implenda est enim conditio, si potest natura impleri, quod non fit, ubi Stichus vivo testatore moritur.

Rursus hic obstat L. *turpia*, §. 1. *D. de leg.* 1. ubi ita scriptum est generaliter; *sed etsi mors Stichi impedierit manumissionem, cum legatum esset*, si legatarius Stichum manumisisset, *legatum debebitur; quia per legatarium non stat, quo minus conditio impleatur.* Responsio est in his verbis, *si mors Stichi impedierit manumissionem*, et illa verba intelligenda sunt vivo testatore; nam prius scriptum erat: si Sejæ legatum relictum esset sub conditione, *si Titii arbitratu nupsisset*, et Titius vivo testatore mortuus esset, legatum debetur. Continenter subjicitur, *sed etsi mors Stichi impedierit manumissionem*; ex quo apparet hæc verba ad priora referri, ut sic idem casus intelligatur, ut prius.

Postremo obstat L. *si fundum per fid.* §. 1. *de legat.* 1. ubi proponitur fundum legatum esse Titio, et Titius rogatus Stichum servum alienum manumittere: videtur Stico mortuo Titium legatum consecuturum, ubi non dubium est, quin intelligi debeat, Titium consecuturum esse legatum, etiam si Stichus mortuo testatore decesserit. Sed nihil adversatur, ut et vulgo bene acceperunt: nos enim agimus de eo, qui heres institutus est, aut cui legatum sit sub conditione, si Stichum manumiserit, *in d. L. si fundum per fid.* §. 1. Apparet ex his, quæ diximus, legatum relictum fuisse pure, sed legatarium rogatum esse, ut Stichum manumitteret. Certi juris est legatum pure relictum statim deberi, nec adimi legatario, nisi aliqua culpa sit legatarii, propter quam adimatur; quæ culpa nulla est in eo, qui manumittere servum alienum et mortuum non potuit. Conditionis diversa est caussa; nam hac adjecta, nisi ea prius exstiterit, nihil debetur, L. *legata sub conditione, D. de condit. et demonst. L. cedere, de verb. sign.*

Ad L.

Ad L. Conditioni. 2.

Imp. Antoninus A. Cassiæ.

Conditioni, sub qua testamento matris tuæ heres institutus es, si non paruisti, locum habet substitutio. Nec enim videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixisse, cum te filio sororis suæ, consobrino tuo, probabili consilio matrimonio jungere voluerit. Nec extraordinario auxilio indiges: cum ex his precibus, quas libello complexa es, declaretur, non per eum stetisse, quo minus supremæ voluntati matris tuæ testatricis satisfieret. PP. VIII. Id. Mart. Romæ. Antonino A. IIII. et Balbino Coss.

SUMMARIA.

1. *Filia sub conditione*, si consobrino nuberet, *instituta, an si conditioni non paruerit, nihilominus tanquam rejecta conditione, hereditatem habere possit? et per tot.*
2. *Conditio non rejicitur, nisi aut contra bonos mores, aut contra leges sit.*
3. *Filia, quæ conditioni non paruit, non debet in integrum restitui, ut hereditatem consequatur, si adhuc potest conditioni parere.*
4. *Quid si non amplius conditioni parere valeat, etiamsi velit cum antea recusarit?*

1 SI filia † instituta est sub conditione, *si consobrino nuberet*; quod si non nuberet, Titius substitutus sit, filia conditioni parere non vult, et nihilominus tanquam rejecta conditione vult hereditatem habere: an possit, quæritur? Respondeo: nisi conditioni paruerit, eam non futuram heredem, et recte.

2 Nam non † rejicitur conditio, nisi aut contra bonos mores, aut leges sit. Contra bonos mores, ut si viduitatem injungat, L. *cum ita legatur, de cond. et demonst.* Contra leges, ut si matrimonium inter consobrinos consistere non possit, quorum neutrum in proposito accidit: nam conditio invitat ad matrimonium. Hujus generis conditiones omnes receptæ sunt, si modo honeste nubere liceat ei, in cujus persona conditio implenda est, L. *Titius* 100. §. 3. *de condit. et demonstr.* Sed et jure matrimonium inter consobrinos recte contrahitur, ut hic scriptum est, et *in* §. *duorum, Instit. de nupt.* L. *in copulandis, C. de nupt.* Cum igitur nihil obstet conditioni, res pertinet ad regulam juris communis. Nisi conditio prius exstiterit, institutioni locum non futurum. Proinde in proposito substitutioni locus erit.

Hoc metuens filia, cum jam recusasset consobrino suo nubere amplius, quæsitum,
3 † an possit in integrum restitui, ut hereditatem consequatur. Filiam finge fuisse minorem 25. annis, cui etiam restitutio tribui solet ad hoc, ut repudiatam, vel semel omissam hereditatem iterum adire sibi liceat, *titul. si ut omiss. hereditat. sup.* Respondet Antoninus, eam auxilio extraordinario non indigere, cum per eam factum sit, quominus matrimonium consequeretur, non autem per consobrinum: ubi auxilium extraordinarium vocat restitutionem in integrum, ut in L. 1. *in pr. de min.* Hæc sententia certa est, si adhuc filia conditioni parere possit: potest autem parere, quandiu vivit, et consobrinus aliam uxorem non habet. Nam extraneus et maxime filius, vel filia heredes instituti ea conditione parere possunt, cum per naturam licet, aut per jus, *L. 4. supr. de hered. instit.* L. *ult. de cond. inst.*

Quod si consobrinus aliam uxorem duxerit, desinit conditio impleri posse. Nam ei nubere non potest, quia aliam habet uxorem, §. *affinitatis, Inst. de nupt.* Hic igitur dicimus quandiu consobrinus aliam uxorem non habet, tamdiu filia minor ad consequendam hereditatem restitutione in integrum non indiget; nam si vult consobrino nubere, consequitur hereditatem jure communi, dum scilicet conditioni paret. Porro qui jure communi munitus est, is extraordinario non indiget, L. *in caussæ*, 2. *de minor.* Quod si non vult filia nubere consobrino, etiam hoc casu restitutione in integrum non indiget; quia dum conditioni non paret, etiam hereditatem habere non vult; quo-

quoniam hac conditione deferebatur, si conditioni pareret. Non indiget autem in integrum restitutione, ut aliquid obtineat, qui id obtinere non vult; proinde cessabit utroque casu restitutio.

4 Sed † quid si consobrinus uxorem duxerit, et filia, dum vult ei nubere, non potest; quia sic impeditur; an non saltem hoc casu recte postulabit in integrum restitui adversus substitutum? Dixerit aliquis recte postulare. Nam cum prius conditioni parere noluerit, eodem facto hereditatem amisit, ac proinde recte adversus infirmitatem ætatis restitui petere videatur, *d. tit. si ut omiss. her. L. ait prætor*, §. *hoc jure*, *et* §. *restitutus*, L. *non omnia, de min.* Sed generaliter hic scriptum est, filiam, per quam stetit, quo minus conditioni superiori pareret, non indigere restitutione: ergo restitui non debere. Ex quo intelligimus etiam hoc casu illam ab hoc beneficio excludi: et verum est. Tamdiu enim minor heres instituta in integrum restitui potest, ut consequatur hereditatem, quam amiserat, quandiu nihil petet contra voluntatem testatoris. Nam in testamento totum voluntas testatoris facit, L. *ex facto*, §. *ita*, *D. de her. inst.* Proinde nec minor, nec quisquam alius contra voluntatem testatoris heres fieri potest, ut puta institutus minor, si navis ex Asia venerit, nave capta heres non erit, quia testator id noluit. Eodem modo si minor institutus fuerit sub conditione, quæ in ejus potestate erat, et conditio vitio ejus defecerit, ne hoc quidem casu heres erit, quia heres fieret contra voluntatem testatoris, quæ fuit, ut conditioni pareret.

Non obstant superiores loci de in integrum restitutione, minoribus ad adeundam hereditatem concessa. Nam in omni testamento hæc conditio inest, si minor læsus, aut circumscriptus exit, non est autem læsus, qui jure communi utitur, ut est L. *ult. supr. de rest. in integr.* L. *inter*, §. *pen. de fidejus.* Cujus sensus est, non videri læsum minorem, qui aliquid facit, quod jure communi et publico facere cogitur. Omnes autem, qui heredes testamento instituti sunt, voluntati testatoris parere necesse habent. Sed cur hoc casu non dixit Imperator: Auxilium extraordinarium non habebis, potius, quam, auxilio extraordinario non indiges; cum manifestum sit, filiam, hoc casu hereditate exclusam, indigere restitutione, si habere velit hereditatem, utpote quæ alio modo ad hereditatem pervenire non possit. Resp. Auxilium hic, viam persequendi debemus accipere, ut sit sensus: extraordinaria via non indiges et persecutione, quam ex rescripto meo prosequor, nam hæc tibi apud judicem esset inutilis; quoniam hoc casu restitui non potes.

Ad L.

Ad L. Si mater. 3.

Imp. Antoninus A. Maxentio et aliis.

Si mater vos sub conditione emancipationis heredes instituit, et prius, quam voluntati defunctæ pareretur, sententiam deportationis pater meruit, vel aliter defunctus est: morte ejus, alio modo patria potestate liberati, jus adeundæ hereditatis cum sua caussa quæsistis. S. Prid. Kal. Maii, Sabino et Anulino, Coss.

SUMMARIA.

1. *Conditio quando videatur impleta.*
2. *In conditionibus maxime voluntas testatoris spectanda est.*
3. *Testatrix in unum casum liberationis a potestate patria liberos heredes instituens, in omnes alios casus, quibus liberi sui juris efficiuntur, instituisse videtur.*
4. *In his, quæ pendent ex auctoritate legis, voluntas legis spectanda est.*
5. *In his, quæ ex voluntate testatoris pendent, solius testatoris voluntas sequenda.*

CUm constat conditionem utiliter adjectam esse, ita ut jure impleri debeat, aut eo deduci, ut pro impleta habeatur, ad quam partem pertinet illa Constitutio, quam initio hoc tit. proposuimus, consequens est, ut quæratur, an conditio impleta sit? De eo sub extremum hujus loci utilis præceptio tra-
1 ditur. Eam † tunc impletam videri, non solum cum id factum est, quod verbis comprehensum est in conditione, sed etiam quod testator voluit, si id ex verbis conditionis apparet. Id declaratur exemplo hujus loci. Mater liberos heredes instituit, si emancipati essent a patre. Non sunt emancipati, sed pater aut mortuus, aut deportatus est in insulam, liberis non emancipatis. Nihilominus placet hoc loco liberos heredes futuros, et habituros hereditatem cum sua caussa, idest, cum ea conditione, in qua est hereditas, ut scilicet vel fisco restitui debeat, vel non, denique ut quatenus debeat ex conditione deportationis, restituatur.

Hic statim occurritur, conditionem impletam non esse, ac proinde liberos heredes esse non posse. Nam conditio emancipationem exigebat, quam non secutam esse fatemur. Dicendum vero secundum verba conditionem non esse impletam, secundum voluntatem impletam, quod satis est, ut conditio impleta in-
2 telligatur. Nam in † conditionibus maxime voluntas testatoris spectanda est L. *in conditionibus, in pr. de cond. et demonst.* Porro cum mater hanc conditionem adjecit, verbo emancipationis, etiam de cæteris casibus sensisse intelligitur, quibus liberi efficiuntur sui juris, quæ voluntas ex fine et consilio testatricis manifesta est. Nam emancipatio hoc spectabat, ut liberi sui juris efficerentur. Est enim hæc vis emancipationis, §. *præterea, Inst. quib. mod. jus pat.* Voluit autem mater liberos fieri sui juris ideo, ut sibi hereditatem acquirerent, qui alias patri acquisituri essent saltem usumfructum. §. 1. *Inst. per quas pers.* At hoc, quod testatrix voluit, efficitur etiam hoc modo, si pater mortuus sit; efficitur et deportatione patris, *Inst. quib. mod. jus pat. pot.* §. *cum autem.*

Non obstat quod dicitur in L. *qui heredi in pr. D. de cond. et dem.* non videri conditionem impletam, nisi ad præscriptum verborum et formam impleta sit. Hoc enim semper ita accipiendum est, nisi manifestum sit, aliud sensisse testatorem, quam id, quod verba in specie præscribunt. Secus vero, ut dixi, in conditionibus voluntatis testatoris spectandum est, idque etiam satis intelligitur ex exemplo *d. L. qui hered. etc.* Nam legata ejus, qui Sticho 10. dare jussus est, domino Stichi dando, non implet conditionem; quia non id apparet sensisse testatorem, ut domino recte daretur. Quin imo verisimile est, aliud testatorem sensisse: quoniam

niam est aliquid in eo, ut prius Sticho detur, deinde per Stichum ad dominum perveniat. Hæc enim datio facit aliquid ad conciliandum Sticho dominum, vel propter meritum, vel propter fidem in pretio accepto quæsitam.

Quod de emancipationis casu diximus, idem de quovis alio casu liberationis a patria potestate intelligendum est. Ut puta: Mater instituit liberos, cum pater morietur, cujus in potestate erant. Conditio implebitur etiam vivo patre, si liberi emancipati erunt; aut deportatus pater, *L. mulier*, *ad Treb. L. si ita esset*, *D. quando dies Leg. ced.* Unde
3 generaliter deficiendum est, cum testatrix † in unum casum liberationis a potestate liberos heredes instituit, etiam in omnes alios casus, quibus liberi sui juris efficiuntur, instituisse videri.

Huic parti adversari videtur *L. commodissime*, *de liber. et post.* ubi si quis postumum instituat in unum casum nativitatis, in alterum preteriisse videtur, etiamsi casu expresso id egerit, ut qui nasceretur, heres esset. Et proinde uterque casus eos effectus habebit. Ut puta, instituit testator eum, qui se vivo postea nascetur, si is, qui in utero est, nascetur eo mortuo; institutus non videtur, idemque placet e converso. Resp. Dissimilitudo rerum observanda est: alia caussa est earum rerum, quæ ex auctoritate legis pendent, alia earum, quæ ex voluntate te-
4 statoris. Nam in his † quæ pendent ex auctoritate legis, hujus ipsius legis voluntatem spectabimus, ut si fit, quod lex jubet, ratum id sit; si non fit, pro infecto habeatur, quia legi paritum non fuit, etiamsi testator hoc animo fuerit, ut idem factum vellet. Hujus generis est institutio post mortem, non enim testator postumos pro arbitrio instituit, sed lex jubet institui, §. *postumi*, *Instit. de exer. liber.* L. *postumus*, *de injusto*, *rupt.* Et jubet institui in omne tempus. Proinde si is institutus non est, quia nascetur vivo patre, pro instituto non erit, etiamsi testator de eo senserit; quia non fecit, quod lex jubebat, et res in voluntate testatoris posita non est, sed in legis auctoritate.

At in his, † quæ ex voluntate testatoris 5
pendent, hujus solius voluntatem sequi dicemus; idque fit non modo non refragante lege, sed etiam lege voluntatem testatori confirmante, uti quisque legassit, etc. L. *verb. legis*, *de verb. sign.* Hujus generis conditiones in testamento sunt, quas adjici institutioni, aut legato neque leges jubent, neque vetant. Proinde conditione in unum casum adjecta, si testator de aliis partibus sensit, hanc sententiam sequemur. Hic etiam occurritur nobis: nam in his, quæ pendent ex auctoritate privatorum, cum quis sibi in unum casum cavit, in alterum non cavisse videtur, etiamsi eundem effectum habeat, ut probatur exemplo *L. si cum darem*, *sol. matr.* ubi si extraneus in dote pro muliere danda paciscatur, aut stipuletur in unum casum vel divortii, vel mortis alterius ex conjugibus dotem sibi reddi, placet eum actionem non habere in eum casum, qui omissus est, etiamsi constet jure civili pariter matrimonium solvi divortio et morte.

Respondeo: in his, quæ ex unius voluntate pendent, ut sunt res testamenti, quæ pendent ex unius testatoris voluntate, cujus solius voluntatem spectamus, ut sic uno casu expresso, cæteri quoque contineri intelligantur, de quibus senserit. At stipulatio et pactio ex consensu duorum constat, stipulantis et promittentis; idcirco utriusque consensum et placitum spectare oportet, et uno dissentiente nihil agitur. *L. inter stipulantem*, §. 1. *de verb. obl.* Hinc fit, ut cum stipulator sibi in unum casum cavit, in alterum actionem non habeat; quia etiamsi ipse sensit de alio; tamen promissor non consensit de eo, cujus hic animus est, ut quam minimum debeat, certe ut nihil debeat, nisi quod verbis comprehensum est, usque adeo, ut orationem ambiguam adversus stipulantem semper interpretemur, nisi quid actum sit constet, *L. stipulatio ista*, §. *in stipulatione*, L. *quidquid*, *de verb. oblig. L. semper*, *de reg. jur.*

Ad L.

Ad L. Si pater. 4.

Imp. Alexander. A. Æmiliano.

Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quæ in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, nec in defectum ejus exheredavit: jure testatus non videtur. Cum autem trans mare et longe te agentem sub hac conditione heredem scriptum esse dicas, si in patiam quæ in provincia Mauritaniæ erat, regressus fuisses, nec exheredatum te alleges, si in eum locum non redisses: manifestum est multis casibus non voluntariis, sed fortuitis evenire potuisse, ut eam implere non posses: et ideo adire hereditatem non prohiberis. PP. VI. Kalend. Apr. Juliano II. et Crispino Coss.

SUMMARIA.

1. *Filius, qui est in potestate, an sub conditione institui possit? Distinguendo respondetur sub num.* 2. *et* 3.
4. *Filio, qui in potestate est, sub ea conditione instituto, quæ in potestate ejus non est, pater intestatus decedit.*
5. *Quæstio, an ab hac lege sit discessum constitutionibus Justiniani, late discutitur et negativa defenditur.*
6. *Conditionum, quæ in potestate filii non sunt, tria genera.*
7. *Filio sub impossibili conditione instituto, et institutio et testamentum nullius est momenti*
8. *Filio sub conditione possibili, quæ tota in casum confertur, instituto, inutilis est institutio.*
9. *Conditio collata in potestatem filii, non videtur omni ex parte in ejus esse potestate, nisi statim possit incipere eam implere, quando velit.*
10. *Conditio in potestate filii posita quæ sit.*
11. *Quod dicitur, filium non posse institui sub ea conditione, quæ in ejus potestate non est, an sit perpetuum.*
12. *Nepotes et cæteri liberi an sub conditione institui possint.*

Filius, qui in patris potestate est, jubetur heres institui aut nominatim exheredari, idque in omne tempus. Quod si neque institutus, neque exheredatus est, etiamsi id dici possit factum esse in aliquam partem, placet testamentum nullum esse, *inf. de exher. lib. Inst.* Hinc quæsitum est: an
1 filius † qui in potestate est, possit institui sub conditione: nam fieri potest, ut conditio deficiat, hac deficiente filius reperitur non institutus esse, sed nec exheredatus est: nam de eo loquimur, qui non omnino sit exheredatus. Proinde in id tempus, eundemque casum præteritus videtur. De hac re placuit hæc distinctio veteribus, ut intersit, quænam sit conditio, sub qua est institutus. Sub
2 ea † conditione, quæ in ejus potestate est recte instituitur, ut sive pareat conditioni, sit heres ex testamento; sive non pareat, omnino non sit heres, neque ex testamento, neque ab intestato L. 4. *L. jam dubitatur, D. de her. instit.*

Sed hoc jus emendatum videtur constitutione Justiniani, cui placuit intra legitimam filio herede instituto rejici de institutione omnem conditionem, quæ jus filii imminuat, quæque hereditatem, aut onus inducat, L. *quoniam in prioribus, sup. de inoffic. testam.* Quæ conditio nova constitutione Justiniani postea confirmatur quæ una est ex 50. decisionibus, *L. scimus, §. cum autem, supr. de inof. test.* Et hoc, ut dixi usque ad legitimam. Quod si ultra legitimam filius institutus erit sub ea conditione, quæ in ejus potestate est, nihil mutat Justiniani constitutio. Proinde exigemus a filio ut conditioni pareat. Sub ea vero † conditione, quæ in 3
ejus potestate non est, filius institui non potest, ob caussam, quam initio reddidimus, quod deficiere conditio potest, ita ut nihil impu-

putetur filio, cur impleta non sit. Hac deficiente reperitur esse præteritus; quo fit, ut eo tanquam præterito res pertineat ad definitionem initio positam. Et ideo cum dicimus filium sub ejusmodi conditione institui non posse, hoc dicimus: si erit institutus, non inutilem esse conditionem, ut hac rejecta institutio valeat, sed inutilem esse institutionem, et tanquam eo præterito testamentum non valere, id quod cavetur hic. Idem significatur in *L. ult. de cond. inst.*

4 Ergo † filio, qui in potestate est, sub ea conditione instituto, quæ in ejus potestate non est, intestatus pater decedit. Est enim is intestatus non tantum, qui testamentum non facit, sed etiam qui jure non facit. Proinde filius heres erit patri, ut in hoc rescripto dicitur in fine, sed non ex testamento, ut quidam putaverunt, quoniam testamentum nullum est, sed ab intestato, quoniam, ut dixi, intestatus pater decedit. Hic opponitur *L. 2. §. si sub cond. D. de poss. secund. tab.* Nam si filius sit sub quavis conditione institutus illic scriptum est, eum statim petere posse bonorum possessionem secundum tabulas, eamque possessionem necessariam esse emancipato. Respon. Recte sentiunt hi, qui eum locum, etiamsi indefinite scriptum, accipiunt de filio emancipato, in cujus personam cadit, ut possit institui sub quavis conditione; ad filiumfamilias non pertinet: nam qui sub conditione inutiliter instituuntur, ut est filius, qui in potestate est, et si bonorum possessionem secundum tab. petere non possunt, ut diserte traditum est in L. *hi demum, de bon. poss. secun. tab.* non tamen efficietur testamentum jure civili valere. Nam Prætor dat bonorum possessionem secundum tabulas, si septem testium signis signatæ sint, et si aliquis testamento institutus, etiamsi mero jure testamentum non valeat, *§. non tantum, Inst. quib. mod. test. infirmentur.* Itaque hactenus sententia prior manet de filiofamilias instituto sub ea conditione, quæ in ejus potestate est.

5 Quæsitum est † an ab hac lege discessum sit constitutionibus Justiniani? Bartolus quem alii certatim sequuntur postea, putavit ei juri derogari, L. *quemadmodum in priorib. supr. de inoff. test.* ubi diserte Justinianus usque ad legitimam filii removet conditionem institutioni filii adscriptam, neque distinguit de filio, aut conditione, ut videtur. Sed verba constitutionis aperte refragantur, ex quibus apparebit eos omnes, qui in hac sententia sunt, valde esse hallucinatos. Nam primum constitutio nominatim loquitur de his filiis, qui ex jure veteri querelam inofficiosi movere potuerunt. Hæc verba aperte non pertinent ad filium, qui est in potestate, quidem institutus est sub ea conditione, quæ in ejus potestate non est; nam hic jure civili ab intestato heres fuit patri, ac proinde querelam movere non potuit. Nam quoties quis alio jure ad hereditatem pervenire potest, locus non est querelæ inofficiosi testamenti, *§. tam autem, Inst. de inoff. test.*

Deinde in ea constitutione Justinianus rejicit non omnes conditiones, sed eas, quibus minuuntur filii jura. Item eas, quibus dilatio aut onus inducitur. In hoc numero non est conditio, quæ in potestate filii non est, si sub ea conditione a patre sit institutus. Hæc enim non imminuit filii jus, quia perinde est, quasi scripta non esset; et quia filius pro parte hereditaria, quam alioqui habere potuisset ex testamento, totam hereditatem obtinet ab intestato; nec tamen inducit etiam dilationem ac onus, postquam hac contempta statim adierit. Proinde dubitari non potest, quin ea constitutione nihil in jure veteri superiore innovetur, cum filiusfamilias institutus est a patre sub ea conditione, quæ in ejus non est potestate. Sed moventur Bartolus et alii L. *scimus*, §. *cum autem*, *supr. eod. de inoff. test.* ubi proponitur extraneus aliquis heres institutus, et rogatus, cum morietur, restituere hereditatem filio testatoris. Hic hereditatem reliquit filio sub conditione: nihil enim interest utrum dicat testator, cum morietur heres, an si morietur, L. *si Titio*, *D. quando dies leg. ced. L. centesimis*, §. *pen. de verb. obl.* Eandem etiam conditionem manifestum est non esse in potestate filii et tamen Justinianus eo loco interpretatur legem suam priorem, quomodo in prioribus constitutionibus, ut ea conditio non expectetur usque ad legitimam filii, sed statim legitima portio repræsentetur. In reliqua autem parte hereditatis expectetur mors heredis. Existimavit igitur Bartolus quod illic dicitur de fideicommissaria hereditate restituenda, id etiam probandum esse in institutione, in quo ab illo vehementer erratum est. Nam filius sub ea conditione, quæ in ejus potestate non est, institui nequit: quia lex vetat ita institui, vetat enim præteriri et ideo si sit institutus, institutio non valebit: quia contra legem facta est. At fideicommissum filio relinqui potest quovis modo, idest, et pure et sub conditione qualibet: quia lex non jubet fideicommissum relinqui filio, sed hoc relinquit in potestate testatoris: et ideo quocunque mo-

modo testator fideicommissum reliquerit, jure valebit, quia nihil hic contra legem fit, sive hoc modo, sive illo relinquatur. Male igitur quod de fideicommisso illic dicitur, transfertur ad institutionem. Hoc amplius, ut intelligamus eam legem nullo modo obstare, nec ad hanc quæstionem pertinere, diligenter animadvertendum est, illic aut agi de filio emancipato, aut de filiofamil. exheredato; nam proponitur solus extraneus esse institutus, quod ex eo intelligitur, quia rogatur non partem hereditatis, sed totam hereditatem restituere, quod fieri non potuit, nisi esset ex asse institutus. Necesse est igitur, si testamentum valere volumus in quo filius institutus non est, aut eum emancipatum esse, aut filiumfamilias exheredatum; nam emancipatos non est necesse heredes instituere, aut exheredare, §. *emancipatos*, *Inst. de exher. liber.* Filiifamilias recte exheredantur. Quod si neque exheredantur, neque instituuntur, testamentum nullum est, ac proinde nihil illic valet fideicommissum, *tit. Inst. de exher. lib. in pr. L. eam quam*, *infr. de fideicom.* Hoc si ita est, nihil constitutio ad hanc quæstionem pertinet; nam non agimus de filiis emancipatis; non agimus etiam de filiisfamilias qui sunt exheredati, sed qui sub conditione instituti sunt, quæ in eorum potestate non est. Quare manebit rata sententia hæc, etiam post constitutiones illas Justiniani: si filiusfamilias institutus sit sub conditione, quæ non est in potestate ejus, nullum esse testamentum; proinde filium ab intestato patri statim heredem futurum.

Videndum nunc est, quæ sit conditio in
6 potestate filii, quæ non sit. Et earum †
conditionum quæ in filii potestate non sunt, sub quibus instituto filio testamentum nullum est, tria sunt genera. Aut enim conditio est impossibilis, aut possibilis, sed in eventum tota collata, aut ita collata in futurum et potestatem filii, ut tamen non possit statim incipere eam implere, aut non possit eam implere sine longinquo itinere,
7 aut summo periculo. Filio † sub impossibili
conditione instituto, singulare jus est, quod non rejicitur conditio, ut sic institutio propterea valeat, sed et institutio et testamentum nullius momenti est, sive conditio impossibilis sit natura, sive jure. Veluti, *filius meus heres esto, si cœlum digito attigerit, vel si ex hoc loco cras Lugdunum pervenerit, si ab uxore diverterit, aut si liberos non aluerit.* Hic opponitur regula juris, qua efficitur in testamentis impossibiles conditiones vel institutioni vel legatis adscriptas, pro non adjectis haberi, et nihilominus legatum valere; *L.* 3. *de cond. et dem.* §. *impossib. Inst. de her. inst.* L. 1. L. *conditiones*, *de cond. inst.* Intelligendum est: hoc dictum esse de cæterorum omnium institutionibus et legatis, in institutionibus filiifamilias locum non habere, differentiæ rationem esse hanc: quia in cæteris liberum est his aliquid relinquere, vel non; liberum etiam conditionem impossibilem adjicere, ac proinde ea adjecta nihil nocere, quia in ea adjicienda nihil fit contra legem. At filiorum præteritio non est libera; sed videtur pater instituere, nisi velit exheredare. Proinde vetatur instituere sub conditione, quæ in filii potestate non sit; ideoque quancunque conditionem adjecerit, ejusmodi institutio non valebit, quia contra legem facta est; et generaliter constitutum est de his, quæ contra leges fiunt, ea pro infectis haberi L. *non dubium*, *C. de legib.*

Sub secundo † genere conditionis, quæ 8
tota in casum confertur; nulla dubitatio est, quin instituto filiofam. inutilis sit institutio, ac propterea testamentum: Veluti; *Filius heres esto, si navis ex Asia venerit.* Nam semper constitit hanc conditionem rejici ex
testamento. Sed etiamsi † conditio collata 9
erit in potestatem filii; tamen non videbitur omni ex parte in ejus potestate esse, nisi statim possit incipere eam implere, quando velit; et ideo si sit is institutus sub conditione, *si in Alexandriam venerit*, nullum erit testamentum, si hyems ei obstet, quominus possit navigare, tametsi præterita hyeme, pervenire in Alexandriam possit, L. 4. §. *pacto*, *D. de her. Inst.* Idem dicendum est, si statim possit incipere conditionem implere, sed res longum iter desideret, et impleri non possit sine periculo. Veluti, si sit institutus filius sub hac conditione, *si in patriam Mauritaniam rediret*, cum longe abesset, quod est exemplum *h.* L. 4. *vel, si Titio* 10. *dederit*, cum Titius peregre profectus esset, quod est exemplum in L. 4. §. *puto*, *de her. Instit.* Ex his intelligi potest,
† conditionem in potestate filii eam esse, 10
quam filius non aliquo tempore implere potest, sed quam statim incipere implere potest, nulla caussa impediente, quo minus possit, et quam eandem sine molestia longinqui itineris et sine metu periculi implere potest, *L.* 4. §. *puto*, *de hered. instit.*

Quod dicitur † filium non posse institui 11
sub ea conditione, quæ in ejus potestate non est, non est perpetuum, sed hanc exceptionem habet, nisi sub contraria conditione, seu in defectum conditionis sit exheredatus, ut

ut hoc rescripto cautum est, et L. *jam dubitari, de hered. instit.* Quod ideo recipitur, quia cessat hic periculum præteritionis, propter quod superior institutio rejiciebatur; ut puta filius institutus est, *si navis ex Asia venerit*, quod si navis non venerit, exheres esse jussus est. In hac specie si conditio existit, institutus est, si deficit, exheredatus est, et ita neutro tempore præteritus est; quia utroque aut institutus, aut exheredatus est. Non obstat, quod dicitur, filium pure exheredatum esse, L. 3. §. *pure, de lib. et postum.* Hoc enim semper cum hac exceptione accipiendum est, nisi sub contraria conditione sit institutus, ut hoc loco et similibus cavetur. Non obstat etiam; quod dicitur, filios certo judicio ab herede removeri debere, *L. sed sub cond. D. de bon. poss. contr. tabul.* Nihil enim vetat, quo minus pater justas caussas exheredationis habeat, propter quas certo judicio exheredet filium; et tamen placeat patri filium sub conditione exheredare; in qua conditione etiam certum patris judicium intelligitur, cum filium heredem sub contraria conditione instituit; tunc enim filium ab hereditate non removet.

Expendenda autem sunt verba definitionis hoc loco positæ, quam supra exposuimus. Verba enim concepta sunt de filio, qui est in potestate patris. Utrumque recte, et consulto. De filio definitio concepta est; quia
12 alia † caussa est nepotum, et deinceps cæterorum liberorum; de iis scriptum est in L. 6. §. 1. *D. de hered. inst.* hos institui posse sub quavis conditione, aliter atque filii, qui sunt in potestate. Et animadvertendum diligenter, illic agi de nepotibus, qui sunt in potestate avi, sic enim verba sunt: *Nepotes autem et deinceps cæteri, qui instituti non rumpunt testamentum.* Quæ verba notant eos nepotes, qui ita demum non rumpunt, si sint instituti, id est, qui institui debeant, aut exheredari; alias rumpunt. Hi autem soli id faciunt, qui in potestate sunt avi, et qui filiis sublatis in parentum suorum locum successerunt quasi agnascendo, ut res explicatur in §. *postumorum, Instit. de exhered. lib. et L.* 6. §. *sin autem, de injust. rupt.* Tantum abest autem, ut repugnent illa verba, quæ sequuntur in *d. L.* 6. §. 1. de hered. instit. *licet redigantur nepotes ad filii conditionem*, ut maxime hæc ipsa verba superiorem sententiam confirment. Nam sic nepotes rediguntur ad filiifamilias conditionem, ut sicut filius, ita et ipsi institui, aut exheredari debeant.

Quid sibi igitur vult, quod Ulpianus ait, *licet nepotes redigantur ad filii conditionem*, si nepotes aliter institui possunt, quam filii? Respondeo: ex verbis præcedentibus apparet, Ulpianum hoc sentire, licet cæteris in rebus, quam in conditione, redigantur nepotes ad filii conditionem; id, ut dixi, ex præcedentibus liquet, quia prius Ulpianus conditionem excepit. Sed hic rursum occurritur: nam si nepotes sub conditione instituuntur, deficiente conditione instituti non sunt. Nos autem illis non institutis, aut non exheredatis, dicimus æque nullius esse testamentum momenti, ac si filius esset præteritus, *d. tit. de exher. lib. Inst.* Respondeo, et hoc verissimum est, si certum esse cœperit conditionem, sub qua nepotes instituti sunt, defecisse; sed priusquam defecerit, expectandum est, utrum existat, an deficiat conditio. Nam fieri potest, ut existat, qua existente nepotes recte instituti reperiuntur. Et in hac re consistit discrimen inter nepotes et filium, qui sunt in potestate, quanvis omnes sub eadem conditione casuali instituti sint. Nam in nepotibus expectamus eventum rei, in filiis non spectamus eventum, sed quod evenire potest. Potest autem accidere natura, ut conditio casualis deficiat: ob hanc caussam ex eo, quod evenire potest, placet filium in omnem eventum institutum non videri, ac proinde præteritum. Sed cur non idem dicimus in nepotibus? Respond. quia plus in hac re tributum est filiis, quam nepotibus, ut olim jus fuisse certum est *ex d. tit. de exher. lib. in princ.* in illis verbis; *sed non ita.* Quod jus in conditione mutatum non est. Præterea definitio hujus loci concepta est de filio, qui est in potestate. Recte hoc quoque quia emancipatos jure civili heredes instituere, aut exheredare necesse est, §. *emancipatos, Instit. de exher. lib.*

Ad L.

Ad L. Reprehendenda. 5.

Impp. Valerian. et Gallien. Maximo.

Reprehendenda tu magis es, quam mater tua. Illa enim si heredem te sibi esse vellet: id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non juberet. Tu porro voluntatem ejus divortio comprobasti. Oportuerat autem, etsi conditio hujusmodi admitteretur, præferre lucro concordiam maritalem: enimvero cum boni mores hæc orbservari vetent: sine ullo damno conjunctionem retinere potuisti. Redi igitur ad maritum, sciens hereditatem matris, etiam si redieris, retenturam: quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses. P. P. XII. Kal. Decemb. Valeriano IV. et Gallieno III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Conditiones turpes, et quæ contra bonos mores, item contra leges sunt, in testamento adjectæ, pro non scriptis habentur, et cur.*
2. *Exemplo hoc declaratur, et simul legis sensus, et multiplex ratio illustratur.*
3. *Verba hæc,* non juberet, *quomodo intelligenda.*
4. *Lectionis emendatio.*

1 Conditiones † turpes, et quæ contra bonos mores sunt, item contra leges, si in testamento adjiciantur institutioni, aut legato, pro non scriptis habentur, *L. conditiones* 3. *D. de cond. inst.* Hoc ideo, quia sunt impossibiles; quæ enim facto lædunt pietatem, æstimationem, verecundiam nostram, ea nec facere nos posse credendum est: ratio et sententia Papiniani est in L. *si*
2 *filius, D. de cond. inst.* Hujus † generis conditio est, *si uxor a marito diverterit.* Nam si secundum naturam est matrimonium, seu viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem retinens: §. *nuptiæ, Inst. de pat. pot.* est contra jus naturæ, ac proinde contra bonos mores a marito sine caussa divertere, eaque lex naturæ valuit inter Nationes semper. In populo autem Dei scimus hoc Dei præceptum esse, ne id fiat. Proinde si mulier a matre sub hac conditione instituta erit, nihilominus filia heres futura est, sive omnino non diverterit a marito, sive aliquando diverterit, et deinde ad maritum redierit, ut hic cautum est.

Quid si divertendo conditioni paruerit? Resp. Erit etiam hoc casu heres, sed ita, ut sic magis reprehendenda sit, quam si conditioni non paruisset. Itaque cum filia in specie, divortio facto, consuleret Imperatores an rediens ad maritum posset obtinere hereditatem, increpatur ab Imperatoribus quod conditioni paruisset. Illa excusabat, quod diceret matrem fuisse in culpa, quæ talem conditionem induxisset, ex qua omne responsum hujus rescripti sumptum est. Mater reprehendenda est, quod non debuit te sub conditione turpi et incivili instituere, sed tamen, tu magis es reprehendenda. Quid, quod mater verbis tantum jussit, tu tuo facto comprobasti; divertisti enim a marito, in quo duplex tuum peccatum est: nam etiamsi conditio superior admitteretur jure, idest, etiamsi heres matri esse non potuisses, nisi conditioni paruisses; tamen oportebat re lucro præferre concordiam maritalem, idest, hereditatem repudiare potius, quam hanc turpitudinem in te admittere, ut a marito divertas. Sed crescit in eo peccatum, quod nulla necessitas fuit parendi conditioni. Nam hæc conditio est contra bonos mores, qua neglecta, etiam hereditatem potuisses obtinere. Redi igitur, inquiunt, ad maritum, sciens fore, ut nihilominus hereditatem matris obtineas.

In hoc rescripto verba, quæ sunt in principio, animadvertenda sunt. Ajunt Imperatores: si mater te heredem sibi esse vellet, non te a marito divertere juberet. Quæritur, quomodo id dicant Imperatores, cum appareat contra, matrem voluisse filiam sibi heredem esse, et præterea jussisse, ut a marito diverteret. Respondeo, hæc verba, † *Non* 3 *juberet*, potentiali modo dicta sunt, pro non deberet jubere, sive non debuisset, ut sit sen-

sensus: si mater te sibi heredem esse vellet, ut voluit, non debebat jubere, ut a marito diverteres; non enim debuit tibi hanc turpitudinem injungere, et rationem reddunt
4 Imperatores; quia hoc *inutile* est; sic † enim vulgaris est lectio et in omnibus libris recepta. Sed sententia loci necessario flagitat, ut legamus *incivile*, hac ratione; quia non est peccatum a matre, ideo quia jussit, quod est jure impossibile, idest, quod turpe est et contra bonos mores, ut incivile usurpatur plerunque apud juris auctores, L. *si medicus*, *D. de extraord. cognit.* L. *ubi*, §. *pen. et ult. D. quod met. causs.*

Ad L. Generaliter. 6.

Imp. Justinianus A. ad Senatum.

Generaliter sancimus, si quis ita verba sua composuerit, ut edicat: si filius, vel filia intestatus, vel intestata, vel sine liberis, aut sine testamento, vel sine nuptiis decesserit: et ipse vel ipsa liberos sustulerit, sive nuptias contraxerit, sive testamentum fecerit, firmiter res possideri, et non esse locum substitutioni eorum, vel restitutioni. Si enim nihil ex his fuerit subsecutum: tunc valere conditionem, et res secundum verba testamenti restitui, ut incertus successionis morientis exitus videatur certo substitutionis vel restitutionis fine concludi. Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit: propter hujusmodi verborum angustias liberos ejus omni pene fructu paterno defraudari? Viam itaque impiam obstruentes, ut ne quis alius deviet, hujusmodi facimus sanctionem: et hanc legem in perpetuum valituram inducimus, tam patribus quam liberis gratam: quo exemplo etiam aliis personis, licet extraneæ sint, de quibus hujusmodi aliquid scriptum fuerit, medemur.

SUMMARIA.

1. *Conditionibus pluribus institutioni, aut legato adjectis, an omnes impleri oporteat.*
2. *Species hujus legis, et Justiniani in ea constitutio.*
3. *Ratio hujus constitutionis.*
4. *Duo hujus loci consectaria.*

Conditionem possibilem implendam esse diximus initio hujus tit. et confirmatur in L. 1. 2. *sup.* Et hoc expeditum est, si una conditio institutioni, aut legato adjecta est.
1 Quid † si plures sint adscriptæ, an omnes impleri oportet? De eo hæc est distinctio, si conjunctive adscriptæ sint, omnes exsistere oportet, si distinctive, sufficit unam aliquam exstitisse, L. 5. *de cond. instit. L. penult. de her. instit. L. si ita* 129. *de verb. obl.* Hoc jus in pluribus conditionibus conjunctim adscriptis perpetuum est: in pluribus autem conditionibus distinctive adscriptis, non item, *L. nam hic interdum, D. de her. Instit.* In quo genere est exceptio hujus loci, ubi instituens sub conditione, *si sine liberis decesserit*, et præterea alias conditiones fideicommisso adjicit. Nam etiamsi adjecerit has omnes conditiones distinctim, Justinianus constituit non esse locum institutioni, nisi omnes conditiones exstiterint.

Et Justinianus † hanc speciem proponit: 2
Filius meus heres esto: Si intestatus decesserit, cum decesserit sine liberis, vel sine nuptiis, hereditatem restituat, L. Titio. Secundum verba locus esse debebat fideicommisso, etiamsi solum filius intestatus decessisset, quanvis suscepisset liberos, aut nuptias contraxisset: itemque de quavis alia conditione, quæ ex infra scriptis exstitisset, dicendum etiam erat. Nunc autem Justinianus constituit, non aliter fideicommissum deberi, quam si conjunctim hæc omnia concurrant, ut filius et sine testamento, et sine nuptiis, et sine liberis decedat: ita ut si eorum aliquid ex his desit, non sit locus fideicommissi

si

si restitutioni, et hæc est summa constitutionis Justiniani.

3 De hac † parte autem Justinianus hanc habuit rationem: quod etiamsi cæteræ omnes conditiones adscriptæ exstitissent; tamen pater semper voluit, hanc conditionem conjungi, *si sine liberis decesserit.* Nam si filius liberos susceperit, voluntas patris est, ut hereditas potius ad ejus liberos pertineat, de quo dicetur in §. *seq.* Quod si testator in hac conditione, *si filius sine liberis decesserit*, voluit persistendum, aut pro conjunctione eam accipi, non potest existimari aliter eam particulam accepisse in aliis conditionibus.

4 Ex quo † colligimus duo, si testator filium rogaverit post mortem suam, hereditatem restituere pluribus conditionibus disjunctim adscriptis, inter quas non esset illa conditio, *si sine liberis decessisset*, semper secundum regulam juris omnes juris conditiones pro disjunctis accipiendas esse, ut quæcunque ex his exstiterit, sit locus restitutioni. Alterum colligimus, si testator extraneum instituerit heredem, et rogavit eum hereditatem alii restituere, sub iisdem conditionibus, si heres intestatus decesserit, vel sine liberis, aut nuptiis decesserit: has quoque conditiones pro distinctis habendas esse, quia cessat conjectura voluntatis in extraneo, propter quam conjunctio conditionum admittitur.

Ad §. ult.

Cum autem invenimus excelsi ingenii Papinianum in hujusmodi casu, in quo pater filiis suis substituit, nulla liberorum ex his procreandorum adjectione habita, optimo intellectu disposuisse, evanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægravatus est, pater efficiatur, et liberos sustulerit, intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem: humanitatis intuitu hoc et latius et pinguius interpretandum esse credidimus, (ut) et si quis naturales filios habeat, et partem eis reliquerit vel dederit usque ad modum quem nos statuimus, et substitutioni eos subjugaverit, nulla liberorum eorum mentione facta: et hic intelligi evanescere substitutionem, liberis eam excludentibus, et intellectu optimo his qui ad substitutionem vocantur, obsistente, et non concedente ad eos eam partem, venire, sed ad filios, vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente, et non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine justa sobole decesserint: ut quod inter justos liberos sancitum est, hoc et in naturales filios extendatur. Quæ omnia et in legatis et fideicommissis specialibus locum habere sancimus. Dat. XI. Kal. August. Constantinop. Lampadio et Oreste. VV. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pater filio heredi instituto substituens, aut simpliciter jubens hereditatem post mortem restituere, semper intelligitur id sub hac fecisse conditione:* Si filius sine liberis decesserit, *ac proinde liberis susceptis, nec substitutioni, nec restitutioni locus est.*
2. *Duplex Justiniani constitutio circa hanc materiam.*

1 Cum pater † filio heredi instituto substituit aliquem, *si heres filius non erit*, aut filium jubet hereditatem post mortem restituere, etsi verbis nullam conditionem adjicit; tamen intelligitur hæc conditio, *si filius sine liberis decesserit.* Proinde liberis ab eo susceptis nunquam restitutioni, neque substitutioni locus erit. Hoc verum est responsum Papiniani quod exstat in *L. cum avus, de cond. et dem.* Confirmatur a Justiniano in *L. cum acutissimi, inf. de fideicom.*

Hoc idem † responsum confirmans Justinianus hoc loco duo circa id constituit: primo id produci ad filium naturalem. Constat filium naturalem a patre institui heredem 2

posse

posse ex his partibus, de quibus cautum est in *L. humanitatis*, *et Auth. licet*, *seq. supr. de nat. lib.* Hoc modo institutus filius naturalis si rogetur hereditatem sempliciter restituere; tamen liberis susceptis non erit fideicommisso locus, non magis, quam si filius legitimus fuisset, qui rogatus est.

Alterum Justinianus constituit hic, liberis a filio susceptis excludi substitutum aut fideicommissarium, si liberi legitimi sint, idest, justis nuptiis procreati, quibus verbis filii naturales excluduntur. Cui parti significatio verborum repugnare videtur; nam et multi loci sunt, quibus declaratur nominatim in hac conditione, si heres, aut legatarius sine liberis decesserit, omnes, liberorum appellatione contineri; proinde etiam naturalibus susceptis, deficere fideicommissum, L. *Lucius*, §. *tamen*, L. *cum pater*, §. *volo*, *de leg.* 2. L. *heredis.* §. *ult. ad Treb.*

Dicendum est aliam esse interpretationem hujus conditionis, *si heres sine liberis decesserit*, cum conditio a testatore adjecta est; aliam, in specie proposita. Nam cum agitur de conditione a testatore adscripta, et quæritur, quid in ea senserit testator, sequimur verbi significationem, nisi manifestum sit testatorem aliud sensisse, L. *non aliter*, *in princ. de L.* 3. Liberorum autem appellatione significantur non tantum legitimi, sed etiam naturales, *d. L. pen. de L.* 2. Proinde et naturales quoque ex voluntate testatoris hic intelligimus, ut consequens sit his susceptis fideicommissum defecisse: et hoc ita, nisi ex dignitate et consuetudine testatoris appareat testatorem aversatum esse omnes inhonestas consuetudines, et eos solos pro liberis habuisse, qui justi essent, quo referri oportet sententiam Ulpiani in L. *ex pacto*, §. *si quis rogatus*, *D. ad Treb.*

At in specie proposita, cum filius simpliciter rogatus est restituere hereditatem; ubi hæc conditio, *si sine liberis decesserit*, intelligitur ex mente legis et eorum, qui hanc conditionem intelligi voluerunt, non possumus intelligere filios naturales: quia in his ratio intelligendæ ejus conditionis deficit. Nam cur hæc conditio intelligatur, hæc ratio fuit; quia non est verisimile testatorem voluisse alienas successiones propriis anteponere, quæ ratio expresse est in *d.* L. *cum acutissimi*, *inf. de fideicomm.*

Hæc autem ratio ad legitimos tantum filios pertinet, ad naturales non pertinet, quia soli legitimi filii perveniunt ad successionem patris et avi, naturales nullo modo perveniunt ab intestato, *d. Auth. licet*, *sup. de nat. lib.* Dantur quidem naturalibus liberis duæ unciæ patre intestato mortuo, sed non velut heredibus, verum ut inde alantur, ut ibidem scriptum est.

Ad L.

Ad L. Si quis heredem 7.

Imp. Justinianus A. Joanni *præfecto prætorio.*

Si quis heredem scripserit sub tali conditione, *si ille consul factus fuerit, vel prætor*: vel ita filiam suam instituerit heredem, *si nupta fuerit*: vivo autem testatore vel ille consul processerit, vel prætor fuerit factus, vel filia ejus nupta fuerit, vel adhuc vivo testatore consulatum quidem, vel præturam ille deposuerit, filia autem ejus a marito diverterit: omni veterum dubitatione explosa, sancimus, quandocunque impleta fuerit conditio, sive vivo eo, sive mortis tempore, sive post mortem, conditionem videri esse completam. Quod et in legatis et fideicommissis et libertatibus obtinendum esse censemus: ne dum nimia utimur circa hujusmodi sensus subtilitate, judicia testantium defraudentur. Dat. IX. Kal. August. Constantinop. post Consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Conditiones in eventum collatæ, quandocunque extiterint, pro impletis habentur.*
2. *In conditionibus in potestatem heredis collatis, quid advertendum.*
3. *Conditiones potestativæ, quæ promiscue, seu quovis tempore impleri possunt, non nisi post mortem testatoris recte impleri possunt.*
4. *Conditio, quæ quovis tempore natura impleri non potest, ejusmodi est, ut recte et vivo testatore impleatur.*
5. *Ratio cur conditionum genera hic distinguantur.*
6. *Particula distinctiva*, vel, *in hac constitutione pro conjunctiva accipienda est.*

HOc loco attingitur, quod dictum ad L. 2. *sup.* Etsi in exemplis conditionum, quæ hic proponuntur, dicatur, eas et vivo testatore impleri posse et mortuo; non tamen sic accipiendum est, quasi ad omnes conditiones pertineat; nam quædam non nisi post mortem testatoris impleri possunt, L. 2. *de cond. et demonst.* Ut igitur de re liqueat, quando conditiones impleri possint, videndum est, utrum conditio in eventum collata sit, an in potestatem heredis, vel le-
1 gatarii. Quæ † in eventum collatæ sunt, quandocunque exstiterint; pro impletis habentur, ut nihil intersit testatorem vivum, an mortuum esse, *L. 2. in pr. de cond. et demonstr.* quod confirmatur et hac constitutione.

Non exigimus in his, ut sciat heres eas conditiones certe esse adscriptas, aut ut velit eas impletas esse; quoniam nihil in his in voluntatem heredis collatum, sed totum pendet ex eventu, proinde et solum eventum hic
2 spectare debemus. Quod si † conditio in potestatem heredis collata sit, veluti *si 10. dederit, vel si in Capitolium ascenderit, si Seja Titio nupserit*: refert utrum conditio per rerum naturam promiscue, idest, indifferenter quovis tempore impleri possit, an vero non. Quovis tempore promiscue impleri possunt naturaliter hæ, *si 10. dederit, si Capitolium ascenderit.* Nam qui vivo testatore dedit et ascendit, idem si vivit et valet, potest dare et ascendere mortuo testatore.

Hujus † generis conditiones placet non ni- 3
si post mortem testatoris impleri posse, et ideo non videri implevisse eum, qui vivo testatore dedit, aut ascendit, L. 2. *infr. de cond. et demonst.* L. *si jam facta* 11. §. *ult.* D. *de cond. et demonst.* Quod præter significationem verborum receptum est a veteribus, ex sententia testatoris, idque colligitur hac ratione. Nam cum testator contulit conditionem in potestatem heredis, simul contulit in ejus voluntatem, ut vellet conditioni parere. Non obtemperat autem conditioni, qui casu et fato facit, quod erat in conditione; sed is solum, qui judicio facit, et eo animo, ut conditioni pareat, *dict. L.* 2. Non potest autem judicio obtemperare conditioni, nisi qui scit conditionem esse testamento insertam, et insertam certo et utiliter

ter. In totum enim, quæ animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt, L. *in totum, de reg. jur.* Et hactenus progreditur ratio *d.* L. 2. *in fin. de cond. et demonstr.* Adjiciendum autem est non intelligi hereditatem, sive conditionem certo insertam vivo adhuc testatore, quantumvis interfuerit, cum testator nuncuparet testamentum, aut cum testamentum scriptum, curaret recitandum: nam testator voluntatem mutare potest, ut ambulatoria est suprema voluntas, usque ad ultimum vitæ spiritum, L. 4. *de adim leg.* Quo fit, ut tum solum intelligatur testamentum esse, et in testamento aliquid certo scriptum, cum testator decessit. Ex quibus efficitur, quod est propositum, conditiones propositas, in quibus implendis destinationem exigimus, non nisi post mortem testatoris impleri posse. Quod
4 si † conditio quovis tempore natura impleri non potest, ejusmodi est, ut recte et testatore vivo impleatur, qualis est hæc conditio: *Titia si Sempronio nupserit*, hæc quanvis nubat vivo testatore; tamen conditio pro impleta habetur, *L. hæc conditio.* 10. L. 11. §. *ult.* L. *conditionum*, 91. *de cond. et dem.* Id quod hac constitutione item confirmatur.
5 Sed cum † hæc conditio conferatur in potestatem Sejæ, non minus, quam illa, *si* 10. *dederit*, cur hæc genera distinguimus? Respondeo; quia si conditio commode quovis tempore impleri potest secundum naturam, hæc voluntas est testatoris, ut impleat post mortem tantum ejus: quia hæc voluntas ejus esse intelligitur, ut heres ei conditioni omnino obtemperet, quod fieri non potest, nisi post mortem testatoris, ut dictum. At cum conditio non potest semper impleri, sed ut plurimum semel tantum: hic rursus animus testatoris esse intelligitur, ut impleatur conditio, cum potest, quoniam vult eam impleri; non potest autem impleri, nisi per opportunitatem et occasionem naturæ. Talis est conditio hæc, *si Seja nupserit.* Nam si expectamus mortem testatoris, ut nubat Seja, fieri potest, ut non nubat, vel quia Sempronius decedat, vel quia interim ducat aliam.

Atqui hæc eadem in veteri jure fuerunt; unde quæri potest, quid opus fuerit hac constitutione? Animadvertendum est non tantum hanc constitutionem pertinere ad confirmationem superioris juris, sed præcipue ad hoc, ut hæc particula adjiciatur juri veteri, nempe in his conditionibus, quæ vivo testatore impleri possunt, probandum esse ita eas conditiones tunc impletas vere pro impletis haberi, ut nihil referat, utrum implementum non perseveret. Proinde ex his conditionibus, *si Titius consul factus fuerit: si factus fuerit prætor: si Titio Seja nupserit:* intelliguntur extitisse conditiones, cum ille consul factus fuerit, aut prætor vivo testatore, aut Seja vivo testatore nupserit, et adhuc testatore vivo, vel ille consulatum, aut præturam deposuerit, aut hæc impleta esse desierit. Et ideo in † illis verbis, quæ le- 6
guntur in hac constitutione: *vel adhuc vivo testatore*, distinctiva particula, *vel*, pro conjunctiva accipienda est, ut alias sæpe in usu juris, *L. sæpe, D. de verb. sign.*

Ad L.

Ad L. penult. Si testamentum.

Imp. Justinianus. A. Joanni *præfecto prætorio.*

Si testamentum ita scriptum inveniatur: *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas*: siquidem nihil est adjectum: neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationum sancimus, et testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit: vicos reipublicæ relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum et certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præventus non fecit. Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenta posuit: tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, et sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones iisdem conditionibus copulasset, quæ infra conscriptæ sunt. Datum VII. Kalend. August. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Institutio hæc*, Titius heres esto secundum conditiones infra scriptas, *conditionibus nullis adscriptis, valet et pura est: conditione postea adjecta, conditionalis habetur, et num.* 3.
2. *Objectiones, quæ contra adferri poterant, refelluntur.*

1 HÆC institutio, † *Titius heres esto, secundum conditiones infra scriptas*, etiam nullis conditionibus adscriptis valet, et qui institutus est heres, erit quasi pure in-
2 stitutus. In † hanc tamen sententiam hæc dicuntur. Primum non valet institutio, eoque nec testamentum, ubi institutio imperfecta est, idest, ubi institutioni testator aliquid adjicere voluit, nec adjecit, L. *si is, qui testam. D. qui testam. fac. poss.* In institutione autem hic proposita, testator conditionem adjicere voluit, nec adjecit, proinde imperfecta institutio, eoque testamentum. Resp. Falsum est testatorem in hac institutione voluisse conditionem adjicere; imo quia non adjecit, ideo certe colligitur, eum adjicere noluisse. Noluit igitur. Cur ergo conditionum facit mentionem in institutione? Respondeo; quia constituerat deliberare, an postea conditionem adjiceret, nec ne; cum non adjecerit, apparet propositum prius omisisse.

Deinde objicitur, *L. quoties*, §. *tantundem, D. de hered. Instit.* ubi ita scribitur, si testator conditionem adjicere destinans, non adjecerit, heredem pro non instituto haberi, quæ sententia Marcelli est, quam nominatim postea probat Ulpianus. Respond. Nihil est verius hac sententia; si modo testator conditionem adjicere destinavit, ut illic scriptum est, sed prius constare oportet, illum hoc voluisse, ut diserte scribitur in *d. L. si is, qui test. D. qui testam. fac. pos.* Nos autem hic dicimus ex his verbis: *secundum conditiones infra scriptas*, non colligi testatorem omnimodo conditonem adjicere, quam non adjecit, voluisse. Postremo dici potest institutionem propositam ideo nullius esse momenti; quia sit sub conditione, quæ conditio defecerit. Nam hæc verba, *secundum conditiones infr. scriptas*, hoc significant, secundum conditiones, quas infra scribam. Hæc autem oratio, *quas infra scribam*, conditionem habet, *L.* 6. *de leg.* 1. Respondeo: non ideo recte colligitur hanc institutionem conditionalem esse. Nam hæc conditio, *si conditiones infra scribam*, non adjicitur institutioni, sed conditioni adjicitur. Hoc dicere intelligitur testator: *Titius heres mihi esto, sub conditione, sed hac lege, si conditionem infra scribam*, unde colligitur si conditionem infra non scribam, heres esto sine conditione. Nam quoties aliquid fieri jubetur sub conditione, sub contraria conditione non juberi intelligitur, L. *quib. diebus*, §. *quidam Titio, de condit. et demonst.* Quæ ratio evidenter sufficiebat, ut probaretur nullis conditionibus infra adscriptis institutionem propositam puram esse, non conditionalem.

Maluit tamen Tribonianus ad hanc institu-

tutionem confirmandam uti responso et argumento Papiniani, quod subjicit, quod totidem verbis extat in *L. cum pater*, §. *ult. de* L. 2. cum testator vicos legavit, et adjecit, *se fines vicorum postea monstraturum.* Nam etiam his finibus non demonstratis, placet vicos deberi. Sed verendum est, ne non hæc institutio posita cum legato illo recte comparetur. Nam hæc oratio, *quos fines postea demonstrabo*, nullam habet conditionem, sed tantum demonstrationem. Hæc autem verba *Secundum conditiones infra scriptas*, conditionem quam dixi, continent. Itaque tutius erit hanc institutionem superiori ratione defendere.

3 Ut autem † in hac institutione, si conditio nulla infra scripta est, valet institutio, et pura est: ita quacunque parte testamenti postea conditio adscripta est, institutio habetur conditionalis non secus, quam si in ipsa institutione conditio expressa et adjecta esset. Ut puta testator in principio testamenti sic scribit; *Titius mihi heres esto secundum conditiones infra scriptas*; Deinde in extremo dixit; *Conditionem, de qua initio dixi, hanc esse volo, si navis ex Asia, etc.* Dicimus institutionem Titii perinde accipiendam, quasi testator initio dixisset ita conjunctim: *Titius heres esto, si navis ex Asia venerit.* Ad quod constituendum visum est opus fuisse hac constitutione; quia dici potest: institutionem hoc modo scriptam puram esse, non conditionalem, ut dixi. Nam in principio institutio conditionem non habuit, in extremo conditio adjecta est, sed nulla institutio: quo fit, ut neutra parte videatur conditionalis esse institutio.

Sed hæc recte dicuntur, cum institutio et conditio separantur, cum autem conjunguntur, necesse est institutionem conditionalem videri. Constituit autem Justinianus hæc conjungi oportere, quasi eodem loco scripta essent, quod non constituit ea ratione, quæ redditur ab Accursio, quia quæ in continenti fiunt, ea inesse intelliguntur. Nam si testator ita scripsisset: *Titius heres esto secundum conditiones, quas codicillis adscribam*: Deinde multo post tempore conditionem adscribat, videbitur a principio fuisse conditionalis institutio testamento adscripta, *L. asse de her. inst.* Sed hæc ratio est, quod in qua parte aliquid demonstratur ex eo, quod postea eventurum est, quandocunque evenerit, jam in principio expressum fuisse, in ea parte videri. Puta testator in testamento scripsit: *Is mihi heres esto, quem codicillis scribam*: His verbis statim Titius heres institutus et demonstratus intelligitur, quandocunque etiam in codicillis postea scribat. *d. L. asse, de hered. instit.*

Ad L.

Ad L. ult.

Imp. Justinian. A. Joanni PP.

Cum quidam prægnantem habens conjugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adjecit: si non postumus natus fuerit, alium sibi heredem esse: postumus autem natus impubes decessit: dubitabatur, quid juris sit, tam Ulpiano, quam Papiniano viris dissertissimis voluntatis esse quæstionem scribentibus, cum opinabatur Papinianus eundem testatorem voluisse postumo nato, et impubere defuncto matrem magis ad ejus venire successionem quam substitutum; si enim suæ substantiæ partem uxori dereliquit; multo magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in hujusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minime editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit. Dat. III. Kalend. August. Constantinop. post Consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Quoties pater filio impuberi in alterum casum substituit, simul in utrumque substituisse videtur.*
2. *Species hujus legis plenius declaratur, et quid juris in ea sit, deciditur.*

Cum pater filio impuberi substituit Titium in hunc casum, *Si filius postumus natus non erit*, idest, si filius heres non erit, quanvis filius nascatur et heres exsistat patri: si deinde intra pubertatem decedat, pure et vulgariter institutus nihilominus admittetur ex constitutione D. Marcelli,
1 qua efficitur, quoties † pater filio impuberi in alterum casum substituit, simul in utrumque casum substituisse videtur, sive filius heres fuerit, sive non, et intra pubertatem decesserit, L. *jam hoc jure 4. de vulg. et pupil.* de qua constitutione dicetur suo loco tit. sequenti. Hinc dubitatio orta veteribus
2 in † specie proposita: testator, qui uxorem prægnantem habebat, uxorem heredem instituit ex parte, ventrem, id est, qui in utero est, filium, instituit in reliqua parte. Huic filio Titium in hunc casum substituit, idest, in hanc conditionem, *Si postumus natus non esset*, idest, heres omnino non esset; nam non potest heres esse, qui omnino non est in rerum natura. Deinde postumus natus est, et jure ipso patri heres exstitit, ac deinde intra pubertatem decessit. De ejus hereditate quæritur inter matrem et substitutum, substituto ex substitutione hereditatem sibi vendicante: matre autem sibi vendicante legitimam filii ex Senatusconsulto Trebelliano.

Quæstio in eo est, utrum substitutus in hunc casum substitutus sit, si impubes heres erit, et intra pubertatis tempus decesserit. Nam si est substitutus, jure admittetur: quoniam pater filio in hunc casum potest substituere; sic mater excluderetur: nam quandiu ex testamento hereditas adiri potest, tamdiu ab intestato legitimis non defertur, *L. quandiu, de acquir. hered.* Rursum si Titius in hunc casum alterum substitutus non est, impubes decessit intestatus. Intestatorum liberorum hereditas ad matrem pertinet, ubi neque est pater, neque descendens, *Instit. de Senatusconsulto Orphit.* Hic si superiorem regulam constitutionis sequimur. Titius in unum casum substitutus, etiam in utrumque casum substitutus intelligitur, eoque admittetur exclusa matre.

Sed hæc sententia non placuit: visum est Papiniano et Ulpiano, matrem potius in proposito admitti debere, si modo heres esset instituta cum filio: sed hæc dubitanter dicebant. Justinianus hæc duo effecit; Primum, eorum dubitationem substulit, et sententiam certam effecit. Alterum, admisit matrem excludere substitutum adversus tacitam pupillarem, sive heres instituta esset, sive non. Ut vero obstet constitutio superior, et quamobrem placuerit hunc casum excipi, dicetur suo loco ad L. *precib. in seq. tit.*

AD TITULUM XXVI.

COD. DE IMPUBERUM, ET ALIIS SUBSTITUTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Ratio ordinis et tractandi modus.*
2. *Substituere quid proprie significet, et quomodo hoc loco accipiatur. num.* 3.
4. *Fideicommissarius heres proprie substitutus non est et num.* 29.
5. *Substitutio secundi heredis institutio dicitur.*
6. *Instituti et substituti qui dicantur, et quomodo in usu juris non distinguantur.*
7. *Vocabulum,* Institutionis, *et generale et speciale est.*
8. *Gradus vocabulum quid juris auctoribus significet, et quomodo hic usurpetur et num.* 10.
9. *Primus et secundus locus heredum quomodo accipiatur, et quis sit primus, quis secundus heres. et n.* 11.
12. *Heres primus quot modis dicatur deficere.*
13. *Substitutionum genera quot. et n.* 30.
14. *Conditiones substitutionum in usu juris casus appellantur, et cur: et hinc quidam in primum casum, quidam in secundum dicuntur substituti. et num.* 15. 16. 17.
18. *Casus in substitutionibus duo tantum sunt.*
19. *Quis dicatur primus, quis secundus casus.*
20. *An ut natura, sic etiam jure in utrumque casum substituere liceat, ut valeat substitutio, et num.* 22.
21. *Vulgaris substitutio unde dicatur.*
23. *Substitutio impuberum, vel pupillaris unde dicta, et quæ in eadem requirantur?*
24. *Substitutio pupillaris quomodo a vulgari differat.*
25. *Tertium substitutionis genus, quæ vulgo exemplaris, a Duareno quasi pupillaris, et hic substitutio mente capti vocatur.*
26. *In pluribus personis heredem in secundum casum substituere, jure directo non licet.*
27. *Directe substitui quis dicatur.*
28. *Oblique substituere quid sit.*
31 *Directa substitutio quæ, et quotuplex.*
32. *Vulgaris substitutio quæ,*
33. *Non vulgaris quæ, et quotuplex.*
34. *Fideicommissoria substitutio quibus permissa sit.*
35. *Cætera substitutionum genera ab interpretibus addita, ut sunt substitutio compendiosa et breviloqua, improbantur.*

UT licet heredes instituere testamento; ita his et substituere, non tantum secundo gradu, sed tertio, quarto, quinto, et in infinitum, L. 36. *potest. de vulgar. et pupil. subst. tit. de vulg. Institut. in pr.* L. *verbis legis* 120. *de verb. sig.* Ex quo post
1 † institutiones heredum, recte agitur de substitutionibus heredum, in quo explicando prius de verbo dicemus, deinde de jure, quod sic constituitur.

2 Substituere † Latinis est in locum aliarum rerum deficientium, vel inutilium, aliis submittere et subrogare, ut cum dicimus fructuarium in locum demortuorum capitum alia substituere debere, et ita gregem supplere, *L. vetus* 68. *in fin. et* L. *seq. de usufruct.* Valet hæc ipsa significatio, cum heredes substitui posse dicimus. Est enim † substituere 3
in locum primi deficientis vel heredis, vel exheredati alium heredem instituere. Recte instituere: nam et substitutio institutio est heredis, ut ubicumque heres non instituitur, ibi intelligendum sit, nec substitutionem esse. Quam ob † caussam fideicommis- 4
sarius heres proprie non est substitutus: nam proprie non est heres is, cui restituitur ex fideicommisso hereditas, §. *restituta, Inst. de fid. her.* Hinc substitutio † 5
dicitur a juris auctoribus secundi heredis institutio, *L. ex facto,* 43. §. *Lucius,* de

de vulg. et pupill. Et cum quis heres institutus esset sub conditione, *si testatorem instituisset*, placuit videri heredem conditioni paruisse, si testatorem in quovis gradu instituisset, idest, etiamsi substituisset vel secundo, vel tertio gradu. Et † tamen
6 in usu juris distinguuntur instituti a substitutis, non ut genus a specie, sed ut species contrariæ.

Nam instituti dicuntur, qui instituti sunt primo gradu: substituti autem secundo gradu instituti sunt, *L. 1. de vulg. et pupill.* Et passim hic usus loquendi occurret in argumento heredum institutorum et substitutorum. Sed hæc contraria non sunt. Nam †
7 institutio dicitur et generaliter et specialiter. Generaliter instituere est heredem scribere, aut nuncupare, quocunque gradu id facias, idest, etiamsi substituas quarto, vel quinto loco. Ut enim in subscriptione inest simplex verbum *scriptio*; sic in substitutione inest semper institutio. Sed cum hæc conjunguntur, instituti et substituti, tunc institutos proprie intelligimus eos, qui primo gradu instituti sunt. Sic usus est adoptionis in *L. 1. et 2. D. de adopt.* sic cognationis, sic agnationis in *L. non facile*, §. *cognationis*. L. *Jureconsult.* §. 1. *de grad. et affin.* sic actionis in L. *pecuniæ*, 17. §. *actionis*, *D. de verb. signific.*

Sed substituere est alium heredem instituere, sic non omnis institutio substitutio est, sed tunc demum, cum quis instituitur in locum alterius deficientis, qui vel sit a testatore prius institutus, vel exheredatus. Quod de exheredato dixi, ideo dixi, quod pater filio impuberi quem in potestate habet, substituere potest heredem, non tantum instituto, sed etiam exheredato, de quo postea. Id autem an ita sit, quoniam aperte certis locis expressum non est, danda est opera, ut ex iis, quæ a veteribus hac de re scripta sunt, confirmetur. Exstat autem in *d. L. 1. de vulg.* hæc definitio institutorum et substitutorum, ut instituti sint primo gradu, substituti autem, qui secundo, vel tertio, vel deinceps
8 instituti sunt. Gradum † vocant juris auctores locum, quo heres institutus est, ut eo loco succedat. Is primo gradu institutus est, qui primo loco: is secundo gradu, qui institutus est secundo loco, et sic deinceps, ut hoc verbum explicat Ulpianus L. 2. §. *defertur*, *D. de bon. poss. secundum. tab.*

9 Sed primum † et secundum locum heredum accipere debemus non ex ordine scripturæ, sed ex ordine successionis, ut intelligatur esse institutus secundo loco is, non qui secundo loco scriptus est, sed qui ita institutus est nominatim ut secundo loco succedat post heredem primo scriptum. Nam fieri potest, ut quisquam secundo loco scribatur; qui tamen institutus erit, ut in hoc exemplo: *primus ex semisse heres esto, secundus ex quadrante heres esto, tertius ex quadrante heres esto.* Hic secundus et tertius quanvis ordine scripturæ secundo et tertio loco scripti sunt; tamen pariter cum primo heredes instituti intelliguntur, L. *si quis heredes*, 14. *cum L. seq. de hered. instit.* scilicet quia non sunt ita instituti, ut succedant post primum, sed simpliciter instituti. E converso potest quis primo loco scriptus esse heres; qui tamen substitutus erit, non institutus, ut in hoc exemplo: *Titius heres esto, si secundus heres non erit.* Hic secundus quanvis postea scriptus tamen institutus est: Titius quanvis scriptus primo loco, tamen est substitutus *L. si quis ita*, 28. *de her. inst.* nempe ob id, quia Titius nominatim ita institutus est, ut heres esset post secundum.

Ad id † significandum appositissime juris 10
auctores usi sunt verbo *gradus*, ut dicerent institutum esse, qui primo gradu institutus essset; substitutum, qui esset institutus secundo gradu. Ut autem in gradibus primus quisque gradus nobis occurrit, nec ad sesecundum pervenitur, nisi post primum, nec ad tertium nisi post primum et secundum, sic institutus et substitutus. Hic est ordo progressionis, ut primo deferatur hereditas institutis; deinde iis deficientibus deferatur substituto, nec unquam locus sit substituto, nisi instituto excluso, *L. quamdiu institutus*, 69. *de acquir. her.* Ex hoc ordine successionis institutorum et substitutorum heredum hæ appellationes veteribus natæ sunt. Nam † 11
heres institutus dicitur primus heres; substitutus autem dicitur secundus heres, ut intelligatur is, qui ita institutus est, ut secundo loco succedat.

Occurrunt hæ voces in L. *precibus*, *infr. h. t. L. si postumus*, *vers. nam et cum*, *D. de liber. et post.* sicque primi et secundi heredis nomen usurpatur a Cicerone, cum alibi, tum præcipue in Topicis. Inde substitutio dicta secundi heredis institutio, ut supra dixi, *L. ex facto*, §. *Lucius*, *D. de vulgar.* Pro iis Cajus in *fragmentis Institutionum Lib. 2. de substit.* substitutionem vocat secundi heredis appellationem. Quæ si recte dicta sunt a veteribus, non erravit Accursius *in princ. titul. de vulg.* cum substitutionem dixit secundam institutionem. Nam secundi

cundi heredis institutio et secunda institutio conjugata sunt. Substitutus autem est secundus heres, proinde hujus heredis institutio est secunda institutio: neque eo moveri debemus, quod dicitur, heredem substitui posse non tantum secundo loco, sed etiam tertio, quarto, quinto et in infinitum, L. 1. *et* L. *potest*, *de vulg.* Nam qui quinto loco substitutus est, si conferatur cum primo, ex ordine scripturæ recte dicitur quinto loco institutus, non autem secundo: sed si confeatur cum proximo herede, idest, quarto, vel alio, cui defertur hereditas, cæteris heredibus prioribus deficientibus, non potest dici, nisi secundo loco institutus, et secundus heres; quia prior heres, cui soli defertur hereditas, incipit solus esse heres institutus, utpote cæteris omnibus exclusis. Quam rationem secuti veteres, non aliter substitutum omnes appellaverunt, quam secundum heredem.

Hic autem intelligitur heres institui, ita ut secundo loco succedat post primum, cum nominatim instituitur in primi deficientis locum, idest, cum instituitur sub conditione, si primus defecerit, si primus remotus erit. Proinde, ut propositum est, vere definivimus initio substituere heredem, esse in primi heredis deficientis locum, alium heredem,
12 ut heredem instituere. Deficit † autem primus heres dupliciter, vel quod heres non exsistit, vel quod heres sit, sed postea moritur, atque ita heres natura esse desinit. Un-
13 de intelligimus, † substitutionum totidem esse genera, ut vel substituatur quis sub conditione, *si primus heres institutus heres non erit*: vel ut substituatur sub altera sequenti conditione, *si primus heres institutus heres erit*, *et deinde decesserit.* Quæ conditiones notantur et comprehenduntur in substitutione impuberum, L. 1. *de vulg. et pupil. substit. in pr.*

14 Hæ duæ † conditiones substitutionum in usu juris appellantur casus, in quos quis heres substituitur. Ut his qui substituitur, *si primus heres non erit*, dicatur in primum
15 casum † substitutus, ut sit sensus in primum casum substitutionum, idest, in primam conditionem; sub qua heredes substituuntur. Is
16 autem, qui † substituitur sub hac conditione, *si primus heres erit*, *et postea decesserit*, dicatur substitui in alterum casum, in quem heredes substitui solent. Sic vocantur passim hæ conditiones præcipue in *L. precibus infra h. t. et in L. 4. D. de vulg. et pu-*
17 *pill.* Et † recte hæ conditiones vocantur casus: nam conditio nihil aliud est, nisi eventus et casus in quem aliquid differtur, ut definitur in §. *sub conditione in Instit. de verb. oblig.* Sunt † autem hi casus in sub- 18
stitutionibus tantum duo, ut consequens sit substitutionum non plura esse genera summa.

Id docet primum natura: nam si substituere est surrogare in locum deficientis heredis; consequens est, non plures esse posse conditiones substitutionis, quam suprascriptas duas; quoniam non deficit heres institutus, nisi vel quia heres non est, vel quia cum heres esse cœperit, postea desinit. Id etiam manifesti loci juris confirmant. Nam in L. *precibus* nominantur tantum substitutionis duo casus, primus et secundus. Sed evidentius id declaratur in *d. L. 4. de vulg.* ubi casus substitutionum nominantur unus et alter, quod verbum posterius non usurpatur, nisi de duobus. Quemadmodum autem de numero horum casuum hoc tenendum est, duos tantum esse: sic et † illud observan- 19
dum de ordine horum casuum: in usu juris priorem illum; *Si primus heres non erit;* dici primum casum substitutionum; illum autem alterum; *Si primus heres erit, et postea decesserit*, dici secundum casum, sive sequentem. *d.* L. *precibus*, *infr.* L. *Lucius*, *de vulg.* idque duabus de caussis. Vel quia ille casus: *Si primus heres non erit*, primo receptus est jure, alter autem longe post cœpit recipi, non jure scripto, sed moribus, L. 2. *de vulg.*

Vel quod est verius; quia cum hi duo casus conjunguntur in substitutione impuberum, idest, cum quis substituitur impuberi; *si impubes non erit*, *sive heres erit*, *et intra pubertatem decesserit*: ordo id exigit, ut prius quæratur, an sit heres, nec ne; quoniam si heres non erit, inepte quæritur, an postea desinat. Quod si heres erit, tunc quærendum est, an postea decedat, atque ita heres esse desinat. Ex quibus, ut dixi, apparet, et quid sit substituere heredes, et quibus conditionibus substituantur; et ex iisdem conditionibus quæ sunt genera substitutionum natura. Hæc de nomine substitutionis dicta sunt, deque re huic verbo subjecta. Nunc de jure substitutionis videndum est.

Est autem † de jure substitutionum hæc 20
quæstio: an quemadmodum natura licet substituere in utrumque superiorem casum ita etiam liceat jure, ut substitutio valeat? Et placuit non licere, de quo ita jus est. In priorem casum, si primus heres non erit, licet prioribus institutis; alios, quos velint, et quot velint, heredes instituere, L. *potest*, *D. de vulg. et pupil. Inst. de vulg. in pr.* Hic casus

sus

sus a juris auctoribus vulgaris dicitur, et qui substituitur in hunc casum, dicitur substitui vulgari nomine, *L.* 4. 1. *D. de vulg.* Unde
21 de † et substitutio ipsa vulgaris dicitur, §. *sin autem*, *Instit. de pupill. et tot. tit. in D.* Appellatio hinc nata, non quod vulgaris substitutio sit directa, ut quidam hoc loco imperitissime scripserunt; nam et pupillaris directa est, *L. post aditam*, *infr. h. t.* ubi dicetur, quæ tamen nihilminus est, quam vulgaris; sed nata est ex eo, quod substitutio in hunc casum, *Si primus heres non erit*, omnibus jure permittitur, ut sit in usu omnium vulgari, quomodo vulgares actiones, et vulgaria actionum nomina dicuntur usitata, *L.* 1. *et* 2. *de præscript. verbis.* Quo nomine ita appellatur hoc genus substitutionis, ut distinguatur a pupillari et similibus, quæ fiunt in secundum, quæ non omnibus permissæ sunt, sed paucis et certis personis,
22 ut postea patebit. Ergo † in secundum casum; *Si primus heres erit*, *et postea decesserit;* jure civili, idest, leg. 12. tabularum, nulli licet heredem substituere, ac ne patri quidem, ut filio impuberi alium heredem substituat in secundum casum, *Si impubes heres erit*, *et intra pubertatem decesserit.* Quod ex eo intelligimus, quod hoc genus substitutionis postea introductum est moribus. L. 2. *D. de vulg. et pupill. Inst. in pr. h. t.*

Hoc jus sumptum est ex L. 12. tabularum, quæ ita facit potestatem heredis instituendi et substituendi si quis instituat suis bonis, non alienis, his verbis: *uti quisque rei suæ legassit*, etc. L. *verbis Leg. de verb. sig. L. testandi*, *sup. de testam.* Hinc sic recte collectum est a veteribus: licet heredem substituere suis bonis, alienis non licet. At cum quis substituitur a testatore in hunc casum: *Si primus heres institutus non erit*, substitutus instituitur in bonis testatoris, cum autem substituitur in hunc casum, *Si heres institutus heres extiterit*, *ac postea decesserit*, substituitur in bonis heredis, non testatoris, *tit. de pupill. in pr.* vers. *quo casu.* Proinde in priorem casum substituere licet, in alterum sequentem jure non licet. Sed hoc jus postea in quibusdam personis remissum est.

Ac primum moribus populi Romani obtinuit, idest, usu et consuetudine, ut parentes filiis suis impuberibus, quos in potestate habent, substituere heredem possint, in hunc casum; *si impubes heres erit*, *et intra pubertatem decesserit*, *d. L.* 2. in pr. *D. de vulg. et Instit. h. t.* in princ. Hæc
† substitutio ex re dicta est substitutio impuberis, quia esset impuberum propria, ut quibus satis posset parens in secundum hunc casum substituere, §. *sin autem*, *in fin. Instit. de pupill. substit.* L. *sed si plures*, §. *ad substit. D. de vulgar.* Unde inscriptio hujus tituli, *de impuberum et aliis substitutionibus*, ut sic de pupillari substitutione et aliis generibus substitutionum admoneremur. Hæc eadem magis proprio vocabulo appellatur substitutio pupillaris, *d.* L. 2. *et* L. *seq. de vulgar. et pupill.* Ita dicta, quia pupillus est is impubes, qui sui juris esse cœpit, vel morte patris, vel emancipatione, L. *pupillus*, *de verbor. sign.* In hoc autem solum tempus confertur substitutio pupillaris, cum impubes sui juris erit post mortem patris. Substituitur enim in hunc casum: *si heres erit.* Non potest heres patri esse, nisi defuncto: ac proinde nisi tunc, cum sui juris erit factus, morte patris. 23

Observandum est † autem, cum in hac substitutione tria hæc exiguntur; ut sit parens, qui substituit: ut sit impubes is, cui substituitur; et præterea, ut sit in potestate patris, satis confirmari his, quæ supra diximus, hanc substitutionem non esse vulgarem, utpote quæ extraneo nulli permittatur, et quæ parenti ne quidem permittatur, ut substituat liberis emancipatis, aut substituat post pubertatem. Quæ omnia contra cum permittantur in substitutione, quæ fit in priorem casum non exsistentium heredum; apparet merito vulgarem substitutionem eam dici, quæ ita in vulgus et in omnes passim recepta sit. Hæc substitutio pupillaris, de qua dicimus, primo sola recepta est; unde non plura genera substitutionum apud veteres fuerunt cognita, quam hæc duo, vulgaris et pupillaris substitutio. Unde titulus de vulgari et pupillari, et duo illi separati in *Instit.* unus *de vulgari*, alter *de pupillari substitutione*, confirmantur in fragmentis Caii *lib.* 2. *Inst. t. de substit.* 24

Postea † autem constitutione receptum est, ut liceret parenti, etiam post pubertatem, in secundum superiorem casum heredem substituere filio furioso, seu mentecapto, si in ea alienatione mentis decessisset, de quo exstat Justiniani constitutio in L. *humanitatis inf.* Cujus summa exponitur *in* §. *qua ratione*, *Inst. de pup. subst.* Hanc vulgo exemplarem vocant, quia *in d.* §. *qua ratione.* Justinianus scribit, hanc se introduxisse ad exemplum pupillaris substitutionis. 25

Sed hoc verbum nobis repudiandum est. Primo, quia est contra consuetudinem juris aucto-

auctorum, ac non tantum barbarum deinde, qualecunque hoc verbum sit, etiamsi Latinus esset, tamen est ad id, de quo, quæritur, explicandum inutile. Cum enim exemplarem substitutionem dico, dubium relinquo, et cui substitutio fiat, et a quo, et in quem casum, ut nihil hic plus explicem, quam si nihil dixero. Verba autem rebus consequentia esse oportet, ut bene monet Justinianus in §. *test. et aliud, Instit. de donat.* Duarenus quasi pupillarem vocat *lib.* 2. *disp. cap.* 2. Sed ne hoc quidem satis rem explicat. Commode igitur substitutionem, quæ fit impuberi, ejusque propria est, appellamus substitutionem impuberis. Sic eam, quæ fit mentecapto et furioso, dicimus eadem ratione substitutionem mentecapti, vel furiosi, idque ad rem, quam volumus, intelligendam accommodatissimum.

26 In pluribus personis † substituere heredem in secundum casum nulli licet, si de jure directo, et communi quæritur, de quo nunc agitur, cum tractatur de heredum institutionibus et substitutionibus. Dixi *jure directo*; quia oblique et per fideicommissum etiam in hunc secundum casum, quibuslibet heredibus a nobis institutis, licet alios
27 substituere. Directe dicitur † heres substitui, cum testator substituit his verbis, aut aliis idem significantibus: *Si primus heres non erit, secundus heres esto.* Quibus verbis heredem substitutum heredem esse interest, ita ut hereditatem a testatore recta capiat, §. *in*
28 *primis, Inst. de fid. her.* Oblique † autem idem facit testator, cum heredem a se institutum rogat, ut hereditatem secundo restituat, vel vivus, vel post mortem suam. Hoc genus fideicommissariæ restitutionis jure communi receptum est, de quo in *Instit. de fideicom. her. et ad* Senatusconsult. *Treb. D. et C.* Hæc restitutio, ut apparet, fit in secundum casum: jubetur enim heres restituere, non nisi prius eam habuerit; unde etiam invitus eam adire cogitur, §. *sed quia here-*
29 *dem, Inst. de fid. her.* Is autem, † cui restituitur hereditas, proprie non est substitutus, quia non est heres lege civili, §. *restituta. Inst. de fid. her.* Et ideo cum proprie institutionem et substitutionem heredum nominamus, inter substitutiones non numeratur fideicommissaria substitutio. Unde factum est, ut in hoc argumento institutionum, et substitutionum non agatur de Senatusconsulto Trebelliano; sed omnibus partibus exponantur ea, quæ pertinent ad directas heredum institutiones et legata testamento relicta.

Sed etsi is, cui restituitur hereditas ex fideicommissaria hereditate, non est heres; tamen heredis loco habetur ex Senatusconsulto Trebelliano, quia effectu actiones hereditariæ omnes ei dantur, et adversus eum transeunt, non secus, quam si vere heres esset testatori, §. *sed quia hered. Inst. de fideicom. hered.* L. 1. *in pr. ad Senatusc. Trebell.* Hac ratione fit, ut non male is, cui restituitur ita hereditas, dicatur substitutus heres, et id fideicommissum testatoris recte dicatur substitutio, quomodo Papinianus *vocat in* L. 41. *coheredi*, §. *cum filiæ, de vulg. et pupil.* his verbis: *Nec aliud servandum est, cum substitutionis conditio pupillarem ætatem verbis precariis egreditur.* Verba precaria cum nominat, declarat se intelligere hereditatem fideicommissariam; quam tamen substitutionem vocat.

Dixi non licere in hunc casum secundum aliis substituere, quam suprascriptis personis jure directo et communi; quia aliud militibus licet ex privilegio militum, L. *precib. infr. h. t.* Nunc autem de jure communi instituendorum et substituendorum heredum agimus. Ex his nullo negotio intelligi potest, quæ genera sint receptarum jure substitutionum, de quo tam multæ sint Interpretum dissentiones. Igitur substitutionem † si pro- 30
prie intelligimus institutionem secundi heredis, qui vere heres sit, solæ substitutiones sunt, quæ sunt directæ, qua in significatione de substitionibus agitur *h.* L. *et tit. de vulgar. et pupil. in D. item in Inst.* Sin autem substitutionem dicamus generaliter, ut contineatur ea non tantum substitutio veri heredis, sed etiam ejus, qui heredis loco habetur, substitutionum duo sunt genera summa; aut enim directa est, aut obliqua, quæ eadem est, quæ fideicommissaria.

Directa nominatur in *L. post aditam, inf. hoc t.* Fideicommissaria eodem verbo satis significatur, nominatur autem a Papiniano sæpius, ut in *L.* 41. *coher.* §. *cum filiæ, de vulg.* L. *heredes masc.* §. 1. *et* §. *ult. D. ad Treb.* Directa † substitutio est, cum quis 31
ita substituit heredem, ut jubeat heredem esse, vel ita ut velit eum recta hereditatem ex testamento suo capere, non ab alio herede prius instituto. Fideicommissaria quæ sit, supra diximus. Directa substitutio duplex est, vulgaris, et non vulgaris. Vulgaris † est, 32
qua quis substituitur in priorem casum; *Si primus heres institutus, heres non erit.* Dicta, quod vulgo permissa sit, eoque in usu etiam vulgari. Non vulgaris † est, qua per- 33
sona substituitur in sequentem casum; *Si primus heres erit, ac postea decesserit;* in quem casum quia non omnibus conceditur alios

alios heredes substituere, ideo non vulgaris dicta est. Ut sunt hæ personæ, quibus in hunc casum substitui potest, ita hujus substitutionis genera distinguuntur. Quia igitur solis parentibus concessum est in hunc casum substituere duobus generibus liberorum, nempe impuberibus et mentecaptis, hinc totidem species hujus substitutionis, sive superioris casus extiterunt.

Sunt igitur duæ substitutiones hujus generis. Una impuberis, quæ et pupillaris dicitur: altera furiosi, sive mentecapti. De vulgari dicetur in L. *post aditam inf. h. t.* De pupillari in *L. si testamento*, *eod.* De furiosi, *in L. humanitatis*, *eod.* Et hæc genera sunt solum cognita jure communi. In militibus licet in eundem secundum casum quibuslibet heredibus institutis alios substituere, *L. precib. infr. h. t.* Sed hoc ex privilegio militum, de quo nunc non agimus. Fidei-
34 commissaria † substitutio omnibus testatoribus et quibuslibet heredibus institutis, jure communi permissa est: ut scilicet qui heres institutus est, rogetur hereditatem alii restituere, vel vivus, vel post mortem suam, prout testatori visum erit, ut supra dixi. Cum neque in plures casus substituere liceat, quam in superiores, quos initio posuimus, et in sequentem secundum casum non admittatur substitutio in pluribus personis, quam quas supra comprehendimus, et ea forma, de qua supra: convincitur non plura genera esse substitutionum, quam supra posuimus, quæ quidem agnoscantur jure.

35 Imperite autem † fecerunt Interpretes, quod alia quædam addiderunt, ex quibus potuit intelligi, quid hic quæreretur, ab illis perceptum non fuisse, multo minus, quid jus constitueret. Faciunt illi quandam substitutionem, quam vocant compendiosam, ex *L. precibus*, *infr. hoc tit.* cum scilicet miles filio impuberi heredi instituto alium substituit, in hunc casum; *Si filius intra vigesimum annum decesserit*; comprehendens compendio orationis duo tempora, pupillaris ætatis, et ætatis puberis. Sed hæc non sunt ulla nova genera substitutionis: nam si filius impubes decedit, non continentur hac substitutione aliæ, quam illæ, de quibus diximus, vulgaris et pupillaris, post pubertatem autem continetur substitutio nova in secundum casum, etiamsi filius heres extiterit. Sed hoc ex privilegio militum est, non ex jure communi, in quo merum novum substitutionis genus non efficitur. Forma conceptionis, qua usus est miles, et qua paucis verbis hæc genera substitutionum complectitur, diversa est a formulis singularum substitutionum, sed hæc diversitas in verbis et non in rebus est: nam species substitutionis semper eædem sunt.

Faciunt præterea et illi quandam substitutionem, quam appellant breviloquam, quam possumus reciprocam appellare, cum videlicet testator vel pluribus filiis impuberibus institutis, brevi sermone eos invicem substituit. Hoc, inquam, genus substitutionis diversum a cæteris faciunt; quia in *L. 4. §. 1. de vulg. et pupill.* Modestinus hoc genus substitutionis tertium posuit, in quo ab illis etiam in jure manifesto valde erratur. Nam in ea ipsa constitutione, quam citant, nominatim dicitur, in hujusmodi substitutione reciproca nihil amplius contineri, quam substitutionem in utrumque casum, idest, in vulgarem et pupillarem; ut sit sensus, his verbis contineri non novas species substitutionis, sed illas duas priores, de quibus Modestinus dixerat, interdum unam dumtaxat, interdum duas. Fefellit eos, quod Modestinus appellat hanc substitutionem tertium genus, dum non intelligunt tertium genus illud dici, non ex re et specie substitutionis, sed ex conceptione et formula substitutionis. Nam vulgaris substitutio sic exprimitur: *Filius meus impubes heres esto, si heres non erit, secundus filius heres esto.* Pupillaris autem sic exprimitur: *Si filius meus primus impubes heres erit, et intra pubertatem decesserit, secundus heres esto.* Ab iis differens conceptio et formula substitutionis hæc est, cum utroque filio herede instituto, testator ita breviter dicit: *Eosque invicem substituo.* Sed conceptio ita fieri debet, ut tamen *substituendi* verbo perinde sit, quasi testator expressisset utrumque casum substitutionis vulgaris et pupillaris. Non sunt igitur, ut dixi, genera plura substitutionis cognita, quam quæ supra posuimus, quæ dum nobis occurrent, nos admonebunt non in alios casus, non aliis personis heredem substitui posse, quam iis, de quibus initio dixi.

Ad L.

Ad L. Cum heredes. 1.

Imp. M. Ælius Antoninus A. Secundo.

Cum heredes ex disparibus partibus instituti, et invicem substituti sunt, nec in substitutione facta est ullarum partium mentio; verum est, non alias partes testatorem substitutioni tacite inservisse, quam quæ manifeste in institutione expressa sunt. Datum Claro II. et Severo Coss.

SUMMARIA.

1. *Plures heredes instituti nullis partibus adscriptis, ex æquis partibus instituti intelliguntur quod item in substitutis locum habet.*
2. *Instituti ex partibus inæqualibus et postea substituti nulla partium mentione facta, in eas partes, quæ in institutione expressæ sunt, instituti intelliguntur, et num. seq.*

1 Cum plures heredes † instituuntur nullis partibus adscriptis, intelliguntur ex æquis partibus instituti esse. *L.* 9. §. 3. *de hered. inst.* §. *si plures, Inst. eod.* Consentaneum videri poterit, ut si plures heredes in locum deficientis prioris substituti sint sine partibus, videantur similiter æqualiter esse substituti, quod et verum est, si hi substituti sint, qui prius instituti non fuerunt: nam substitutio nihil aliud est, nisi institutio secundorum heredum. Sed si iidem prius instituti sint, qui et postea invicem sunt sub-
2 stituti; hoc jus placuit, ut si instituti † sint ex inæqualibus partibus, deinde substituti nulla mentione partium facta, tunc quæ partes in institutione expressæ sunt, eædem et in substitutione repetitæ intelligantur, quod hic constitutum est, §. 1. *Inst. de vulg. L. si in testamento, de vulg.* Exemplum constitutionis in *L. si plures, D. eod.* exstat.

Conjectura voluntatis ducta est ex iis, quæ præcesserunt in institutione, ex quibus etiam amor testatoris in heredes colligitur: nam quibus majorem honorem habuit in institutione, eos etiam magis dilexit, ut apparet; quos autem pluris fecit in institutione, verisimile est eosdem plus dilexisse in substitutione, neque subito amorem istum mu-
tasse. Sed hoc jus tunc † locum habet, cum 3
duo concurrunt in substitutione, videlicet, cum et heredes sub nominibus appellativis substituti sunt, ut fit his verbis; *Eosque heredes invicem substituo*; et præterea eos, qui substituuntur, non oneravit testator, ut quid præstarent ei heredi, qui deficit, aut heredibus ejus. Quod si testator inter heredes ex inæqualibus partibus institutos uni alterum substituat, vel substituat omnes invicem, sed nominibus singulorum propriis appellatis, placuit videri ex æquis partibus substitutos, L. *nonnunquam, D. ad Trebell.* Hoc nominum propriorum appellatio efficit, ut personæ exæquentur; quomodo in his in capita res divisa, *arg.* L. *si heredes.* 124. *de legat.* 1. Sed etiamsi testator sub nominibus appellativis heredum eos substituerit, cæterum jusserit singulis tantundem dare, quantum cui substituti sunt: placuit hoc quoque casu ex onere substitutis adscripto etiam quantitatem ejusmodi confici debere, ut qui in onere pares sunt, in commodo hereditatis percipiendo pares fiant, *L. quoties, ad Trebell.*

Ad L.

Ad L. Hereditatem quidem. 2.

Impp. Severus et Anton. AA. Frontiniæ.

Hereditatem quidem defuncti intestati filii delatam tibi dubitari non oportet. Substitutio enim testamento patris facta ad pubertatis tempora porrigi non potest: quia ipso et aliis non ejusdem conditionis heredibus institutis, et invicem substitutis, propter eorum personam, quibus in unum casum duntaxat substitui potest, etiam in filio idem debere servari, et ratio suadet, et divus Marcus pater constituit. PP. VI. Kal. Aug. Chilone et Libone Coss.

SUMMARIA.

1. *Substitutus impuberi a patre verbis in casum alterum, scilicet, vulgarem; et in pupillarem quoque conjectura voluntatis substitutus intelligitur, et vicissim et n.* 2.
3. *Error illorum notatur qui in expresso pupillari casum negant contineri vulgarem.*
4. *Contraria diluuntur.*
5. *Exceptio superioris definitionis quæ sit et qualis in utroque substitutionis casu.*
6. *Lectio hujus legis emendata.*

PEndet hic locus, quemadmodum *et L.* 4. *infr. h. t.* ex eo jure, quod refertur in L. 4. *D. eod.* de quo hic dicendum est, non tantum, ut exceptio horum locorum intelligatur, quæ alioqui intelligi non potest; sed etiam, quia his exceptionibus jus superiorum in contrariis caussis evidenter confirmetur. Jus autem refertur ad hanc quæstionem, ut quæratur, quæ sit vis et effectus vulgaris et pupillaris substitutionis? Prius quærendum est, an quis sit testamento in vulgarem casum substitutus, aut in pupillarem, de quo frustra quæreretur, si utraque substitutio existimaretur tantum verbis testatoris; nunc autem placet eas etiam sine verbis intelligi ex sententia testatoris: de quo
1 ita est † constitutum, ut cum pater filio impuberi substituit in alterum casum verbis expressum; et in alterum non expressum substitutus intelligatur, L. *jam hoc jure*, *de vulg.* Idque ita est, sive pater substituerit tantum in vulgarem casum, sive in pupillarem tantum. Itaque sententia hæc prior debet esse rata de vulgari substitutione, si pater filio impuberi substituerit in hunc casum, *si filius impubes heres non erit*, vi ipsa etiam in hunc casum substituisse, *si heres erit, et intra pubertatem decesserit.*

Sententia in specie confirmatur in L. 2. §. *ult.* vers. *sed etsi ita scripserit*, *D. de vulg.* item L. *ult. infr. de Instit. et substit.* ubi postumo substitutus quis est in hunc casum, *Si postumus natus non esset*, idest, si heres non esset; et tamen placet, si postumus natus erit, et heres fiet, sed intra pubertatem decesserit, substitutum admitti, si vivo impubere adhuc mater decessit. Altera sententia de pupillis est hæc: si pater filio impuberi substituerit in hunc casum, *Si filius heres erit*, *et intra pubertatem decesserit*, qui casus secundus dicitur et pupillaris, etiam in vulgarem casum substituisse intelligitur, si impubes heres non erit: ut sic in utrumque eventum substitutus admittatur ex substitutione. Hæc sententia diserte expressa est in *d.* L. 4. §. 1. in illis verbis: *Cum autem impubes.*

Hinc ergo fit, ut quæramus, quomodo admittatur ea substitutio, quæ verbis expressa non est? Respondeo, † ex voluntatis conjectura admitti sine verbis. Nam cum voluntas testatoris intelligitur, hæc, etiamsi verbis expressa non sit, servanda est. Tota enim testatoris voluntas fieri debet, L. *ex pacto*, §. *verum*, *de hered.* L. 12. *in fin. de* L. 1. Voluntas autem hæc testatoris facile inde colli- 2

ligitur, si filio impuberi substituat in vulgarem casum, *Si filius heres non erit.* Nam ex hac substitutione pater vult substitutum sibi heredem esse, *tit. de pupill. subst. Instit.* Hoc casu consentaneum est, eum testatorem, qui voluit subsistutum sibi heredem esse tum, cum filius heres non esset; etiam voluisse eundem heredem esse sibi, cum filius heres extitisset, et intra pubertatem decessisset. Id autem tunc contingit, cum pater eundem substituit filio impuberi in hunc casum, *si filius heres erit, et intra pubertatem decesserit.* Nam ex hoc casu, si substitutus admittitur ad successionem impuberis una opera, et fit heres impuberi primo et principaliter, deinde vulgariter et pupillariter, vers. *hoc casu*, et sic etiam patri testanti, ut diserte scriptum est in L. 1. *in fin.* D. *de vulg.* Idque ex regula juris; heres heredis impuberis, heres quoque est testatoris, cui impubes heres exstitit, *L. ult. inf. de her. Inst. L. 7. si quis filiusfam.* §. *ult. de acquir. her.*

Hæc conjectura voluntatis confirmatur etiam hac ratione; quia verisimile est, testatorem voluisse etiam in secundum casum consulere filio impuberi, ut ei heredem daret: et consentaneum est quem pater heredem sibi esse voluit, eundem non indignum judicasse, quem heredem impuberis faceret. Quæ conjectura si admittitur in vulgari substitutione expressa, multo magis in pupillari substitutione expressa admittenda est, ut propter eam etiam vulgaris intelligatur. Nam ex pupillari substitutione, ut dixi, substitutus fit heres et impuberi et patri. Si pater voluit ex ea substitutione substitutum, utrique heredem esse, multo magis voluit heredem sibi soli esse, quod evenit in hunc casum, *Si impubes heres non erit*, qui est casus vul-
3 garis substitutionis. Quo † magis reprehendendi videntur quidam, qui in re aperta litem movent, et cum admiserunt vulgari substitutione expressa contineri etiam pupillarem; negant tamen idem jus esse vice versa, ut pupillari expressa contineatur vulgaris, quod contra omnino dici oportebat, ut ratio evidens ostendit, præsertim cum *in prin. d. L.* 4. §. 1. *vers. cum autem*, tam aperte re-
4 fellantur. Huic constitutioni † quædam obstant, quæ discutienda sunt. Ac primum dici potest, nihil in testamento valere, quod scriptum non sit, ac proinde frustra intelligi substitutionem, quæ non sit expressa, *L. quoties*, 9. *de her. Instit.* Respondeo: Non est necesse, quidvis nominatim in testamento scribi, ut ex testamento valeat; satis est, si aut scribatur aliud, ex quo id, quod volumus confici potest, L. *heredes*, §. 1. *in fin. qui test. fac. pos. L. si servus plurium*, §. *ult. de leg.* 1. Secundo loco dici potest, si testator in unum casum substituit, ideo in alterum casum substitutionem factam accipi non debere, quod non solum scriptum desit, sed etiam voluntas testatoris. Jam cui quid sub conditione datur, sub contraria conditione vel adimi, vel non dari intelligitur, L. *aliquando*, L. *quibus diebus*, §. 2. *de cond. et demonst.* Proinde qui substitutus est sub conditione, *si filius heres non erit*, dicendum est potius eum sub contraria conditione substitutum non esse, *si filius heres erit, et impubes decesserit.* Respondeo: Hæc in re dubia vere dicuntur, sed ubi intelligimus, testatorem etiam sub contraria conditione, idem sensisse, voluntas ejus servanda est. Id autem contingit, cum testator in unum casum filio impuberi heredem substituit, sic enim substituit, ut velit eum sibi heredem esse. Volet autem heredem sibi esse non tantum, si filius heres non erit; sed etiam multo magis, si filius heres erit, ut sic pater et simul sibi heredem faciat et prospiciat etiam filio.

Postremo sive testator de casu non expresso sensit, sive non sensit; tamen obstant hi loci, in quibus declaratur, cum testator sibi in unum casum cavit, alterum casum omissum videri, L. 10. *commodissime*, *de liber. et post.* ubi si testator instituerit heredem eum, qui se mortuo nascetur; traditur, si quis eo vivo nascetur, eum institutum non videri, tametsi caussæ dici nihil possit, cur testator filium utroque tempore sibi natum non pariter velit heredem esse. In eandem sententiam scriptum est in L. 22. *si cum dotem, in princ. solut. matrim.* si quis in dote danda stipulatus sit sibi dotem reddi matrimonio morte soluto, eum actionem non habiturum, si matrimonium solutum sit divortio. Respondeo: multum interest, utrum id, de quo sensit testator, pendeat ex ejus voluntate, an vero positum sit in juris voluntate, ut scribat, aut exprimat testamento. Si res in ejus voluntate posita est, sufficit testatorem de ea sensisse, si modo ex alio scripto id colligatur, cujus generis est substitutio, quæ fit impuberi. Pater enim impuberi substituere potest, si vult, si non vult non habet necesse.

At cum exigitur a testatore, ut quid scribat, aut caveat testamento, id nisi scripserit, non valebit, quantunvis de eo senserit, quoniam legi non satisfecit. Quidquid autem con-

contra legem fit, pro infecto est, L. *non dubium*, *supr. de legib.* cujusmodi est institutio liberorum postumorum. Non enim liberum est patri liberos instituere, si instituere jubetur, aut exheredare, L. *inter*, *de lib. et post. tit. Inst. de exhered. lib. in pr.* cui consequens est, ut qui postumus in unum tempus institutus nominatim non est, is pro instituto haberi non debeat, quod ad id tempus attinet. Exemplum L. *Si cum dotem*, huc non pertinet. Nam stipulatio et pactio est quidem posita in voluntate contrahentium, non in ulla juris necessitate, L. *sicut*, *infr. de oblig. et act.* sed pendet ex duorum consensu, non autem solius stipulatoris, seu creditoris. Proinde non est mirum, si is, qui in unum casum sibi, aut nominatim in alterum casum stipulatus est, actionem non habeat, quia etsi ipse de altero fortasse idem sensit; non tamen idem sensit promissor et debitor, cujus hæc mens est, ne plus debeat, quam aperte cautum est; voluntas testatoris ex uno testamento pendet.

5 Hæc constitutio superior hanc † exceptionem habet, nisi voluntas refragetur, L. 4. *in fin. D. h. t.* Nam cum superior constitutio sumpta sit ex conjectura voluntatis, ea adversus voluntatem testatoris servari non debet. Interdum autem aperte voluntas refragatur, quo minus, qui in unum casum substitutus est, in alterum casum intelligatur substitutus. Id contingit, cum testator in singulos casus separatim singulos dat substitutos, hoc modo: *Si filius heres non erit*, *primus heres esto*: *Si heres erit*, *et impubes decesserit*, *secundus heres esto*, L. cum ex filio, §. 1. *D. eod.* Ubi autem nihil a testatore aperte in utramque partem expressum est, perpetua est hæc sententia: quoties pater filio impuberi substituit in secundum casum, idest; *Si filius heres erit*, *et impubes decesserit*, toties etiam in vulgarem casum heredem substitutum videri. At non idem perpetuum est, ut cum quis in vulgarem casum substitutus est, etiam intelligatur substitutus in secundum casum; *Si filius impubes decesserit*, *cum heres exstitisset.* Refragatur enim interdum voluntas, quæ colligitur nonnunquam ex verbis testatoris, interdum ex persona heredum legitimorum impuberis. Intelligitur contraria voluntas ex verbis testatoris, quoties testator, cum persona impuberis alios vel puberes, vel extraneos conjungit, et iis communiter substituit, una oratione et conditione; *Si hi heredes non erunt.* Exemplum est L. 15. *infr. h. t.* Est autem hujusmodi: *Filius meus Firmianus*, *et uxor mea heredes sunto*, *si filius et uxor mea heredes mihi non erunt*, *Firmianus in totum mihi heres esto.* Placet hoc casu, si filius heres exstiterit patri, Firmianum ex substitutione pupillari heredem non futurum, quantunvis filius impubes decesserit. Hæc ratio redditur; quia conditio communiter relata est ad filium et uxorem, ut proinde in utriusque persona idem exprimere debeat. At in persona uxoris exprimere non potest secundum casum; quia extraneæ personæ in secundum casum substituere non possumus, proinde nec in persona filii hic casus intelligitur, sed is solum, in quem utrique personæ testator substituere potuit, idest, vulgaris. Idem probandum est, si testator cum impubere alios heredes conjunxit, et communi verbo seu communi oratione eos invicem substituit, quæ species est hujus L. 2. Ut puta testator ita scripsit: *Filius meus impubes ex semisse mihi heres esto, primus*, *secundus*, *tertius*, *etc. ex altero semisse heredes sunto*, *quos omnes invicem substituo.*

Placet, si filius impubes patri heres non erit, reliquos coheredes ex substitutione heredes futuros tanquam substitutos in vulgarem casum, quemadmodum et pupillus iis coheredibus in secundum casum substitutus est. Cæterum si filius heres exstiterit patri; deinde impubes decesserit, substitutionem nullam esse, ex qua coheredes in hunc casum admittantur, in quam sententiam est *L. in testamento*, *sup. de testam. milit.* L. 4. §. 1. *D. eod. de vulg.* Ratio hic addita est; videlicet, constitutum hoc esse, quod propter coheredum personam, quibus in unum casum tantum substitui potuit, nempe in vulgarem; quasi incongruum sit, sibi heredes invicem substitui alios, scilicet, in quorum persona duplex substitutio locum habet, idest, duæ substitutiones, vulgarem et pupillaris alios autem in quorum persona locum habet sola vulgaris, ut scriptum est in *d. L. 4. §. 1. D. h. t.* Sed cur hoc ita videtur absurdum, cum verbum, *substituo*, utramque speciem substitutionis admittat? Ratio rationis reddi hæc videtur in *d.* L. 4. §. 1. Quod hi verbo communi substituti sunt: *Eosque invicem substituo*: Hic enim verbum commune significat, non quod commune est utrique substitutioni, vulgari et pupillari; alioqui hac ratione efficeretur potius utramque substitutionem hoc casu contineri; sed dicitur commune, quod communiter ad omnes heredes institutos et pariter refertur, idque semel et sæpius. Quod argumen-

mentum est, testatorem semel hoc verbo prolato rem unam in omnium heredum persona significasse, non plura.

Est autem in verbis hujus legis secundæ et lectio et rationes observandæ. Species hæc fuit, quam supra dixi; sed hoc accesserat, quod filius heres extiterat patri, ac deinde pubes factus decesserat. Ejus mortui hereditatem sibi vindicabant coheredes ex substitutione suprascripta. Mater impuberis dicebat, et contendebat filium intestatum decessisse, eoque hereditatem filii ad se pertinere ex Senatusconsulto Tertilliano *Institut. de Senatusconsulto Tertyll.* Consultus a matre Alexander respondit, dubitari non de re in proposito, quia nulla sit substitutio, atque ita hereditas intestati filii ad matrem pertineat, idque duabus rationibus; quæ subjiciuntur. Prior est, quod substitutio testamento patris facta ad tempora pubertatis porrigi non potest, idest, post, 14. annum fieri non potest, L. 7. *verbis*. L. 15. *centurio*, *D. de vulg*. Hic autem proponitur filius pubes decessisse. Altera ratio est; quia etiamsi filius impubes decessisset; tamen cum filio et aliis heredibus diversa conditione substitutis, hi omnes invicem substituuntur. Verbo *substitutionis* non intelligitur, nisi substitutio vulgaris, ob eam caussam, quam supra dixi.

Ex quo † intelligimus, lectionem hujus loci mendosam esse, et pro *quia*, legendum, *quin*, hoc modo: *Substitutio enim testamento patris facta ad tempora pubertatis porrigi non potest*, *quin et ipsi et aliis*, et quæ sequuntur. Nam non ideo substitutio ad pubertatem porrigi non potest, quia heredes invicem substituti sunt: ideo vero non potest, quod in secundum casum tantum moribus recepta est substitutio pupillaris, singulari ratione, quæ in puberibus locum non habet. Ex persona autem heredum legitimorum intelligitur testator vulgari casu expresso, non substituisse in secundum casum, quoties mater impuberis est superstes, de qua exceptione dicetur ad L. *precibus*, *infr.* 6

Ad L. Heres instituta. 3.

Imp. Alexander A. Achillæ.

Heres instituta matris testamento, si successionem ex testamento omisisti, et ab intestato bonorum possessionis jus habere voluisti: substituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde si substitutus hereditatem amplexus est, actionibus, quæ tibi adversus matrem competebant, ipsum convenire, non successionem ab intestato vindicare potes. PP. XI. Kalend. Septembr. Maximo II, et Æliano Coss.

Vide *ad L. post aditam*.

Ad L. Quanvis placuerit. 4.

Imp. Alexander A. Firmiano.

Quanvis placuerit substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita, *Si heres non erit,* porrigi ad eum casum quo posteaquam heres extitit, impubes decesserit, si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur: cum tamen proponas ita substitutionem factam esse, *Si mihi Firmianus Filius et Ælia uxor mea (quod abominor) heredes non erunt*, *in locum eorum Publius Firmianus heres esto*: manifestum est in eum casum factam institutionem, quo utrique heredum substitui potuit. PP. IV. Kalend. Ful. Fusco II. et Dextro Coss.

Dixi *ad L. 2. supr.*

Ad L.

Ad L. post aditam. 5.

Impp. Dioclet. et Max. AA. Hadrianæ.

Post aditam hæreditatem directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ expirare solent. PP. X. Kal. Jun. Ipsis IV. et III. Coss.

SUMMARIA.

1. *Legis hujus summa.*
2. *Substitutiones non impuberibus filiis factæ quæ sint.*
3. *Vulgares substitutiones post aditam hereditatem expirant, et an etiam ante.*
4. *An idem verum sit in hereditate adita a servo herede instituto, qui jussu domini adiit hereditatem.*
5. *Quid juris in filiofamilias olim, et hodie.*
6. *Substitutio quo pacto finiatur: et an perpetuum sit, ut una cum conditione substitutionis evanescat.*
7. *Quid si heres institutus hereditatem adierit, aut suus heres exstiterit patri, ac deinde hereditas ei a fisco auferatur tanquam indigno.*
8. *Institutus quamdiu admitti potest. tamdiu substituto locus non sit.*
9. *Hereditas quibus modis amittatur.*
10. *Quid in servo herede instituto, cui substitutus datus sit.*
11. *Quid in filiofam. herede instituto, cui substitus datus sit.*
12. *Filiusfam. utrum repudiante patre admittatur, an vere locus fiat substituto ex voluntate patris.*
13. *Voluntas testatoris si est manifesta servanda est.*
14. *Heres institutus si repudiat hereditatem ex testamento, sufficit, ut sit substituto locus.*
15. *Ex testamento quandiu heres aliquis esse potest, tamdiu hereditas legitimis non defertur.*
16. *Heres an aliquis possit esse desinere jure, et quot modis contingat.*
17. *Institutus aliquis, qui jus adeundi ad heredes transmittit, excludit substitutum, non ex jure dumtaxat, sed et ex certo testatoris judicio.*
18. *Ex substitutione vulgari ad cujus hereditatem quis admittatur.*

1 SEntentia † est; post aditam ab herede instituto hereditatem vulgaris substitutio expirat, atque hoc modo substitutus excluditur. Ait rescriptum, *directæ substitutiones.* Directæ, additum est propter substitutiones fideicommissarias, quæ adita ab herede instituto hereditate non modo non expirant, sed maxime confirmantur. Nam institutus heres rogatus hereditatem alteri restituere, non potest restituere, nisi prius hereditatem habeat, quam restituat; neque habere potest, nisi hereditatem adeundo, usque adeo, ut si volens adire nolit, cogi possit ex Senatusconsulto, L. *nam quod, D. ad Treb.* §. *sed quia, Inst. de fid. her.* Directæ institutiones et fideicommissariæ quæ sint, initio hujus tituli dictum. Notandum est autem, ex his verbis confirmari, restitutionem fideicommissariam etiam substitutionem dici. Nam illud *directæ*, differentiæ caussa aditum est, ut intelligamus quasdam esse substitutiones non directas, alioquin sufficiebat ita dicere, *Substitutiones non impuberibus filiis factæ evanescunt.*

Ait: *Non impuberibus filiis facta*, idest, non pupillares: quoniam pupillaris substitutio itidem, ut fideicommissaria, tunc solum locum habet, cum pupillus heres matri exstitit. Hæc enim conceptio est hujus substitutionis: *Si filius impubes heres erit et intra pubertatem decesserit*, Tit. *Inst. de pupill. substit.*

Non † impuberibus filiis factas sic accipere debemus, quæ non sunt factæ impuberibus ut impuberibus: nam et filio impuberi pater in vulgarem casum substituere potest, quæ substitutio non minus evanescit impubere filio herede exsistente. Sed ejusmodi substitutio vulgaris fit impuberi non ut impuberi, sed ut cuivis extraneo; illa solum fit impuberibus ut impuberibus, quæ sit in secundum; *si impubes heres erit, et intra pubertatem decesserit*; hæc demum non exstat impubere 2

here-

herede exsistente. Hic rursum notandum est, substitutionem pupillarem, sive impuberibus factam, directam dici, alioqui stulte ex numero directarum exciperetur, et directam esse, plus quam manifestum est ex non dubiis locis, ut L. *centurio. L. verbis de vulg. et pup. subst.*

Hoc loco nonnulla desiderari videntur.

In summa autem tota hac descriptione nihil
3 aliud exprimitur, nisi † vulgares substitutiones post aditam hereditatem exspirare. Nam quo tempore hoc rescriptum relatum est, duo tantum genera fuerunt substitutionum directarum, ut initio *h. tit.* dictum, vulgaris, et pupillaris. Nam furiosi substitutio nondum recepta erat; proinde qui ex directis substitutionibus pupillarem excipit, is vulgarem solam relinquere intelligitur, de qua dicat. *At post aditam hereditatem* hoc sic accipiendum est: non prius et ante aditam a substituto herede, quo tempore maxime confirmatur substitutio; sed post aditam ab instituto herede hereditatem, quod jus ex conditione et forma substitutionis facile intelligitur. Nam vulgaris substitutionis conditio hæc est: *Si primus heres institutus, heres non erit*; hac conditione deficiente, necesse est expirare substitutionem: quod conditione deficiente nihil debetur, neque ex institutionibus, neque ex legato, neque ex contractibus, L. *cedere diem de verb. sig.* At heres institutus fit heres hereditatem adeundo, §. *ult. Instit. de hered. qual.* Ita hoc modo deficit conditio substitutionis, qua deficiente, nulla substitutio. Hac ratione intellecta dicemus vulgarem substitutionem exspirare, non tantum adita hereditate ab herede instituto, sed generaliter quocunque modo heres institutus heres exstitit, puta si erit juris heres, et ipso jure exstiterit heres patri. Et ideo si pater filium impuberem heredem instituerit, eique substituerit Titium; *Si filius heres non esset*; mortuo patre filius impubes heres exsistet patri ipso jure, idest, sine ulla aditione, §. *sui, Instit. de hered. quæ ab L. in suis, D. de suis et legitim. L. quidam, de verb. obl.* Et simul dicemus statim evanescere substitutionem pupillarem. Ac proinde, quanvis impubes filius postea decedat intra pubertatem; tamen substituto ex substitutione vulgari locum non futurum. Sed quia pupillus heres exstiterit, atque ita defecerit conditio substitutionis, poterit quidem substitutus admitti ex tacita pupillari, L. *jam hoc jure, D. eod.* Secundum ea, quæ dixi *ad* L. 2. *sup.* Cæterum ex vulgari substitutione non admittetur.

Dicet quis; quid refert, ex quo casu, aut qua substitutione admittatur substitutus, dummodo admittatur? Respondeo: multum interest. Nam in vulgari expressa non semper pupillaris intelligitur, ut declaratur exemplis, *L. 4. et L. 2. hic.* Id autem cum fit, in totum substitutus excludetur: non enim admittetur ex substitutione pupillari, quod nulla est, neque ex vulgari, quæ evanuit conditione substitutionis deficiente. Neque vero probandum videtur, quod Bartolus scribit *ad L. 1. D. eod.* disserens de substitutione vulgari, nempe cum pater filio, quem in potestate habet, substituerit in vulgarem casum, *Si heres non erit*, filium ex hac conditione necessitate ultima heredem fieri. Nam hæc verba: *Si filius meus heres non erit*, non significant, si heres esse nolit; quoniam fieri potest, ut velit esse heres, et tamen non possit; ut puta, si patre vivo moriatur: aut si postumus institutus non nascatur. Idque etiam probatur verbis L. *Julianus, D. de acquir. her.* ubi proponitur pater impuberi filio, quem in potestate habebat, substituisse heredem; et tamen dicitur pupillus in ea specie se abstinuisse, quod verbum cadit tantum in eos, qui heredes sui exstiterunt, *L. nunquam, de acquir. her.*

Ait rescriptum generaliter, *post aditam hereditatem*, quo loco quæsitum est, an idem accipiendum sit etiam † de hereditate adita 4
a servo herede instituto, qui jussu domini adierit hereditatem. Hic inquam, quæritur: an si huic servo substitutus aliquis sit heres, hereditate ab eo adita jussu domini substitutio evanescat? Dubitatio nascitur ex contrariis in speciem locis. Nam verum est, ab hoc servo hereditatem aditam esse, ac proinde secundum verba hujus rescripti evanuit substitutio. Rursum servo ita hereditatem adeunte, non existimatur defecisse conditio substitutionis, sed potius exstitisse. Ac proinde locus esse debuit substituto. Nam conditio hæc erat; *Si servus heres non esset*, servus autem in proposito heres non fit, sed dominus, cui statim hereditas acquiritur per servum, L. *placet, de acq. her.* §. *item nobis, Inst. per quas pers.* Ergo placuit etiam hoc casu substitutionem expirare; unde definitio veterum in substitutione vulgari, his verbis, *Si primus heres non erit*, hoc significat, si hereditatem alii non acquisierit, aut mutata conditione sibi; vel contra, si sibi hereditatem non acquisierit; vel mutata conditione, alii,

L.

L. si paterf. D. de her. inst. §. *ult. Inst. de vulg.* Sed placet hoc in persona servi ita accipiendum esse: si testator non ignorabat eum, quem instituebat, servum esse. Quod si ignoravit, placuit hoc casu hereditatem dividi inter dominum servi instituti, et substitutum servo, propter incertitudinem voluntatis testatoris, qui locus a nobis tractatus est *ad L. cum proponas, sup. de her. inst.*

5 Hoc idem olim † in filiofamilias servabatur, si is heres institutus esset ab extraneo, eique substitutus datus, ac deinde filius jussu patris hereditatem adiisset: nam et hic itidem, ut servus, hereditatem statim acquirebat patri, §. 1. *Inst. per quas pers. d. L. placet, de acq. her.* Hodie et constitutio hæc in filiofamilias sublata est; quoniam filiusfamilias heres institutus consensu patris adiens hereditatem, non minus acquirit sibi hereditatem, quod ad proprietatem, attinet, quam quivis paterfamilias L. *ult.* §. 1. L. *infr. de bon. quæ lib.* Proinde in hujus persona dubitandum non est, quin hereditate ab eo adita non minus evanescat substitutio vulgaris, quam si substitutus cuivis alteri substitutus esset, et hereditas ab intestato adita esset.

Ait rescriptum: *Exspirare solent*, quibus
6 verbis hic exprimitur vulgaris † substitutionis, adita hereditate, finis, utpote conditione substitutionis evanescente, ita ut substitutus excludatur substitutione. Quod tamen non est perpetuum. Nam si institutus, hereditate adita, defectu ætatis, quia minor est restitutus in integrum, ut sibi hereditatem repudiare liceat; retro versus substituto locus erit, L. 7. *ait prætor*, §. 7. *sed quod Pap. de minor.* Neque refragantur hujus rescripti verba, quod enim dicitur, *substitutionem exspirare post aditam hereditatem* hanc sententiam habet: quandiu adita erit hereditas, seu quandiu pro adita habebitur. Incipit autem pro non adita haberi, cum minor restituitur. Idem dicendum est, si filius suus heres se abstineat hereditate patris. Idem enim consequitur abstinentia, quod cæteri minores restituti in integrum, nempe ut heredes non sint, L. *nunquam, de acq. her.*

7 Hic quæsitum est, † an idem probandum sit, si heres institutus hereditatem adierit, aut suus heres exstiterit heres patri, ac deinde hereditas a fisco ei auferatur tanquam indigno, puta quod non vindicaverit mortem testatoris occisi. Et placet hic non idem probandum esse, sed statim excludi admisso fisco, L. *si sequens, de Senatusconsulto Syllan.* Et merito. Nam is, cui aufertur hereditas tanquam indigno, etiam hereditate ablata nihilominus heres est. Ideo enim ei aufertur, quia prius heres exstiterat, et qui semel heres exstitit, propterea heres esse non desinit, L. 43. *ex facto*, §. *ult. D. de vulg.* L. 7. §. 2. *in fin. de minor.* Ut substitutus in vulgarem casum, *Si primus heres non erit*; excluditur conditione substitutionis, *Si primus heres exsistat*; sic admittitur ex substitutione, *Si primus heres non erit*, ut puta conditione substitutionis exsistente. Sed hæc conditio sic accipienda est, non si primo quoque tempore heres non erit, sed si certum erit, eum heredem esse non posse. Nam quandiu † institutus admitti potest, 8 tamdiu substituto locus non fit, *L. quandiu, D. de acquir. her.* Amittitur autem † 9 hereditas, et certum est, aliquem heredem amplius fieri non posse duobus modis, vel quod noluit esse heres, vel quod jure non potest, *L. cum proponas, supr. de her. inst.* Non vult esse heres extraneus qui repudiat; suus, qui hereditate se abstineat; atque utroque modis amittit altero ex his hereditatem, *L.* 2. *et L.* 4. *infr. de repud. hered.* Ac proinde substituto locus fit, *d.* L. *cum proponas, supr. de hered. instit.*

Hic quæsitum est, † an idem probandum sit in servo herede instituto, cui substitutus datus sit, si forte servus jussu domini hereditatem non adierit? Movet dubitationem; quod videtur satis esse, si dominus heres esse velit, cum ipso servo hereditatem adeunte heres fiat, non autem servus, *ut supr. dictum.* Et placuit hoc quoque casu substituto locum fieri, quod verum servo repudiante, quod facere potest etiam invito domino: neque enim heres exstitit quod noluit, neque dominum heredem fecit, quod non potuit hereditatem alii acquirere, quam ipse non habuit, et nunquam acquisivit, quod comprehensum est *d.* L. *cum proponas, sup. de hered. Inst.* Hinc † oritur quæstio de filiofa- 11 milias herede instituto, cui substitutus datus sit, utrum idem dicendum sit, si ipse quanvis jubente patre hereditatem repudiaverit? Movet quæstionem L. *ult.* §. 1. *infr. de bon. quæ lib.* ubi Justinianus constituit, filiofamilias herede instituto ab extraneo, si is hereditatem repudiet, patrem hereditatem adire posse, non aliter, quam si ipse heres esset institutus. Quæritur igitur, † utrum filiusfa- 12 milias repudiante patre admittatur ex hac constitutione, an vero locus fiat substituto ex voluntate testatoris? Quod verum sit, filiumfamilias repudiantem, heredem factum non es-

esse, atque ita exstitisse conditionem substitutionis, quod mihi verius videtur.

Non debemus moveri Justiniani constitutione: hæc enim in voluntate obscura testatoris locum habet, idest, tunc, cum filiofamilias nullus substitutus datus est. Nam ei substituto dato, manifestum est testatorem velle substituto locum esse, cum filius heres non exstiterit. Est autem certum, cum
13 † voluntas testatoris manifesta est, hanc servandam esse, idque ut fiat, publice expedire, L. 1. *supr. de sacr. Ecclesiis*, L. *vel negare*, *D. quemad. test. aper.* L. *verbis leg. de verb. sign.* §. *disponat*, *Novell. de nupt.* Nihil ad rem pertinet, quod Justinianus indistincte locutus est: nam hæc sententia tenenda est; quoties testator aperte in aliquem casum providit, heredem nimirum in eum casum instituendo, toties cessare contrariam provisionem legis, *L. cum ex filio*, §. *filio*, L. *ex facto, de vulg.* Multo minus movere nos oportet argumentum Bartoli, quo ille utitur ad L. 1. *D. eod.* cum ait: ideo in proposito patrem admitti, quod iis verbis, *Si institutus heres non erit*, significetur etiam is, qui alium heredem fecerit. Hoc enim verum est. Sed in proposito filiusfamilias repudiando hereditatem, patrem heredem facere non potest, etiamsi concederemus, patrem hereditatem adire posse. Multum autem interest, utrum dicatur, filiumfamilias occasionem dedisse acquirendæ hereditati, an vero caussam acquirendi præstitisse. Is, qui rem amittit, facit, ut alius eam rem possit recipere, sed ei tradere dici non potest, quia prius non habuerit, non magis, quam heredes instituti repudiando dici possunt proximos cognatos facere heredes ab intestato. Item non magis, quam is, qui rem pro derelicto habet, dici potest eum dominum rei fecisse, qui postea rem occupavit. Postremo non magis, quam Livius Salinator dici potest tradidisse Tarentum Q. Fab. Max. quod Salinator Tarentum amiserat, quod postea Fabius recepit, de quo apud Ciceron. *in Caton. Major.*

Quod si ita est in filiofamilias repudiante, recte generaliter definimus: quoties heres institutus, cui substitutus datus erat, repudiavit hereditatem, toties substituto locum esse, sive sit sui juris heres, qui institutus est, sive alieno juri subiectus, et sive servus erit, sive filiusfam.

14 Hoc loco notandum est, sufficere † heredem institutum repudiare hereditatem ex testamento, ut sit substituto locus. Itaque si is heres institutus sit, qui etiam testatori ab intestato succedere poterat, si ei substitutus datus sit in hunc casum, *Si heres non esset*, et repudiaverit hereditatem ex testamento eo animo, ut ab intestato hereditatem possideret; nihilominus in totum excludetur, et substituto locus erit, ut cautum est in L. 3. *sup.* Obstat L. *nec is*, 17. §. 1. *de acq. her.* ubi dicitur, si is institutus sit heres, qui ab intestato heres esse poterat, eum hereditatem repudiando ex testamento, non ideo tamen legitimam hereditatem amittere. Sed hoc *ex d.* L. 3. *supr.* sic accipiendum est, si is solus sit institutus; aliter, si ei substitutus datus sit. Sed rursum refragari videntur verba conditionis, *Si institutus heres non erit.* Nam hæc verba generalia sunt, et hoc continent, *Si heres non erit*, quovis modo, vel ex testamento vel ab intestato. Nam totidem modis heredes esse alicui possumus. Verbo autem generali omnes species contineri intelligendum est, *L. si servitus, de serv. urb. præd.* Respond. Secundum verba hoc recte dicitur, id enim verba significant, sed refragatur voluntas testatoris, cujus conjectura ex prioribus verbis ducitur juxta regulam traditam in L. *si servus plurium*, §. *ult. de* L. 1. Nam cum testator heredem instituit his verbis; *Lucius Titius mihi heres esto;* manifeste hoc dicere intelligitur, *heres esto ex hoc meo testamento*, non autem ab intestato: alioqui testator secum pugnaret, qui testatus decedere voluit, non instestatus. Cum ergo eadem verba repetit, et ita scribit; *Si is mihi heres non erit*; plane eadem significatione repetere intelligitur et hoc dicere, *Si heres non erit*, ut supra voluit, idest, ex testamento, secundum quam sententiam repudiata ex testamento hereditate substituto locus fit. Et hæc conjectura voluntatis adiuvatur regula iuris, qua efficitur, quamdiu † 15
ex testamento heres aliquis esse potest, tamdiu hereditatem legitimis non deferri, L. *in plurium*, 70. *de acq. hered.*

Hæc de repudiatione et voluntate heredis in hereditate admittenda; sed aliquis † etiam 16
heres esse posse desinit iure, quod contingit et herede vivo et mortuo. Vivo contingit, cum heres institutus est sub conditione, et conditio deficit; quo casu certum est et jure et voluntate testatoris locum fieri substituto, L. 2. *sup. de Instit. et substit.* Mortuo herede hoc idem certum esse incipere, cum mortuus est non adita hereditate. Nam neque heres effectus est, cum hereditatem non adierit, neque mortuus adire potest, ut heres fiat. Sed nec in persona heredum suorum heres effici potest, prohibente regula juris,

ris, quæ efficit hereditatem non aditam, ad heredem non transmitti, *L. un. §. in novissimo, infr. de cad. toll.* exceptis quibusdam personis et caussis, in quibus etiam hereditas non adita transmittitur. Personarum hujusmodi sunt duo genera. Primum est liberorum, qui a parentibus instituti etiam ignorantes, hereditatem ad suos heredes transmittunt. L. *unic. de iis, qui ant. ap. tab. infr.* Alterum est omnium heredum, etiam extraneorum, qui intra annum a morte testatoris decedunt, dum de hereditate deliberant, L. *cum in antiquiorib. infr. de jur. deliber.* Caussæ, in quibus idem accidit, sunt hæ, quales describuntur in L. 84. *de acq. hered.* de quibus alio loco dicetur commodius.

Hæ personæ et caussæ quæstionem hic in-
17 troduxerunt, si forte is † sit institutus, qui decedens hereditatem transmittat ad suos heredes ex suprascriptis locis, et is substitutum habeat, utrum eo mortuo non adita hereditate, hereditas pertineat ad ejus heredes secundum jus scriptum, an vero ex judicio testatoris substituto locus fiat? Movet dubitationem, quod hic, qui ita decessit, omnino heres non est, neque esse potest, si persona ejus tantum spectetur, secundum ea, quæ modo dixi, atque ita conditio substitutionis extitit, ut proinde substitutioni locus fiat. Sed verius est, quæ et sententia vulgo recepta est, iis casibus hereditatem secundum jus commune ad heredes transmitti excluso substituto, idque efficitur non tantum jure, sed certo judicio testatoris; quia conditio substitutionis hoc casu defecerit. Nam his verbis; *Si substitutus heres non erit;* jure putatur heres ad excludendum substitutum, si vel ipse heres erit, vel alium heredem fecerit, *L. 40. D. de her. Instit.* Qui autem jus adeundi, quod habet, transmittit ad heredes suos legitimos, is legitimos in eo heredes facere intelligitur. Nam is hereditatem intelligitur transmisisse, qui transmittit jus adeundæ hereditatis: nam ex hoc jure hereditatis acquisitio nascitur. Præterea secundum verba conditio substitutionis defecit, cum heredes heredis instituti jure hereditario heredes extiterunt: iis enim heredibus factis etiam is, qui decessit, in persona eorum quodammodo heres factus intelligitur; quoniam eadem persona esse intelligitur heredis et defuncti.

Secundo judicium defuncti in hanc sententiam concurrit: nam cum aliquem heredem instituit, qui aperte hoc animo est, ut quamdiu velit hereditatem habere, aut se non repudiet, tamdiu eam habeat, et sibi et suis heredibus. Hæc autem voluntas est in herede instituto, per quem non stat, quo minus hereditatem adeat, nisi aut ignorantia, aut juris aliqua necessitate impediatur, ut initio diximus. Quemadmodum quod dicitur *post aditam hereditatem substitutiones vulgares exspirare*, sic accipiendum est, quamdiu hereditas pro adita erit: diversum est, si heres, qui hereditatem adiit, aliquo beneficio consecutus sit, ut hereditatem repudiaret, vel sese abstineret. Sic e contrario in hac posteriore parte ita statuendum est: quod dicitur substituto locum fieri, si institutus hereditatem repudiarit, aut aliter hereditatem amiserit, tamdiu verum esse, quamdiu jure aliquo postea consecutus non sit, ut hereditatem adiret, quam repudiavit; aut se abstinuit, deinde restituatur, ut sibi adire liceret: substitutus excludetur, cui prius repudiatione locus esse cœperat, *L. 7. de minorib.* Idem dicendum, si heres institutus, aut substitutus datus erit, rogatus vero idem hereditatem restituere Titio. Nam si primo non adeunte, vel se abstinente, hereditas defertur substituto, si postea cogente fideicommissario ille hereditatem adierit, ut cogi potest, L. 4. *ad Trebell.* jus commutatur; et deficiente substitutionis conditione admittitur fideicommissarius excluso substituto, de qua specie diserte scriptum est in *L. non justam, infr. ad Trebell. et L. 63. facta, §. Julianus, D. eod.*

Ex his intelligimus, ex substitutione vulgari quis et quando ad hereditatem admittatur, et quando non admittatur. Quæritur, ad † cujus hereditatem admittatur? Et cer- 18
tum est ex hac substitutione succedi defuncto, *Inst. de pupill. in pr.* vers. *quo casu.* Idque ex eo perspicuum est, quod omnis heres institutus primo loco instituitur testatori heres, porro substitutus in prioris heredis locum substituitur. Huc accedit, quod necesse est, substitutum ex hac substitutione aut hereditatem heredis prioris obtinere, aut testatoris; hereditatem heredis obtinere non potest, cum is heres heredem defuncti non habeat, utpote repudiatione, aut lege exclusus. Restat igitur, ut hereditatem testatoris habeat, tanquam testatoris hereditatem, non heredis: nam in bona, quæ olim heredis instituti fuerant, nemo heres instituitur, neque potest, prohibente lege duodecim tabularum, L. *verbis legis, de verb. sig.*

Ad L. Testamento. 6.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Quintiano.

Testamento jure facto, multis institutis heredibus, et invicem substitutis: adeuntibus suam portionem etiam invitis, coheredum repudiantium accrescit portio. Sine die et consule.

SUMMARIA

1. *Portiones deficientium cur non acquirantur legitimis heredibus, sed coheredibus.*
2. *Heredes, qui suas portiones agnoverunt, cur non possint eas repudiare, ut sic in totum ex hereditate nihil habeant, sed solida hereditas referatur ad heredes legitimos ab intestato.*
3. *Quid juris in substitutis coheredibus, an et iis invitis deficientium portiones accrescant.*

CUM ex pluribus heredibus institutis, aut etiam legitimis, quidam portiones suas agnoverunt, quidam defecerunt, vel quod amiserint hereditatem, vel quod morte, aut conditione impediti sint, quo minus heredes fierent, deficientium portiones reliquis coheredibus, qui suam portionem agnoverunt, acquiruntur, non tantum volentibus, sed etiam invitis, ut *hic et L. qui ex duobus*, §. *ult. de acq. her.* L. *si ex pluribus de suis et legitim.* L. *unica*, §. *his ita, infr. de cad. toll. L.* 3. §. *ult. et seqq. de bon. poss.* L. 1. *supr. quando non petent. part.*
1 Sed cur deficientium portiones non † acquiruntur legitimis heredibus, tanquam testamento hactenus destituto? Resp. Quia hoc modo eveniret, ut testator in iis heredibus qui portiones suas agnoverunt, testatus decederet, in deficientibus autem portionibus intestatus, quod jus non patitur, L. *jus nostrum*, *de reg. jur.* Unde placuit, neminem ejusdem hereditatis partem habere posse, et partem repudiare: sed aut totam habere debebit, aut nihil L. 1. 3. *de acq. her.* Sed
2 secundum hoc, cur non licet † iis heredibus, qui suas portiones agnoverunt, eas suas repudiare, ut sic in totum ex hereditate nihil habeant, sed solida hereditas referatur ad heredes legitimos ab intestato? Resp. Ideo fit, quia qui suas portiones acquisiverunt, eas postea repudiare non possunt: quoniam non possunt efficere, ut qui extiterunt semel heredes, iidem heredes esse desinant, §. *extraneis*, *Inst. de hered. qual. et differ.* L. 4. *infr. de repud. her.* L. *ait prætor*, §. *sed quod Papin. de minorib.* Hoc tamen sic accipiendum est, si coheredes deficientes extranei fuerunt; nam necessario herede, puta filio defuncti, qui in potestate morientis fuit, si postea abstineat: ejus portio deficiens non continuo accrescit coheredibus reliquis, quanvis portiones suas jam ante adierint; sed fit, ut si suas partes repudiare velint, liceat et deficientem necessarii heredis portionem repudiare, L. *cum heredem*, *de acquir. hered.* Hoc ideo, quia jam ante portio deficiens quæsita erat necessario heredi, utpote qui patri heres extitisset ipso jure, §. *sui*, *Inst. de hered. qual. et differ.* §. *sui*, *Instit. de hered. quæ ab intestato.* Sic fit, ut cum postea se abstineat, magis ejus portio referri intelligatur coheredibus, quam bona testatoris. Non est autem æquum, coheredem cogi invitum alia bona admittere, quam testatoris; tamen ne hoc casu testator pro parte testatus decedat, et pro parte intestatus, hæc necessitas imponitur coheredibus, ut si deficientem portionem admittere nolint, etiam suam cedere debeant, ut sic in totum defunctus fiat intestatus.

Hoc jure † constituto quæsitum est, an 3
idem admittere debeamus, si coheredes, qui portiones suas agnoverunt, nominatim substituti sint a testatore coheredibus deficientibus, sive quod sibi soli substituti sint, sive quod omnes heredes sint invicem substituti, de quo præcipue hic. Et placuit eodem modo deficientium portiones substitutis coheredibus etiam invitis accrescere, idem traditur in *L.* 25 *si quis heres institutus*, *de acq. her.* Movet dubitationem, quod eadem conditio debere esse videtur substitutionis, quæ est insti-

institutionis, quia substitutio institutio est, L. *ex facto*, §. *Lucius*, *de vulgar. et pupillar.* Cui autem ex testamento defertur hereditas, huic potestas est vel adeundi, vel repudiandi, §. *ult. Inst. de hered. qualit. et differ.* Unde colligitur, idem quoque jus esse ex substitutione debere. Deinde si substitutis coheredibus etiam portiones deficientes, quanvis invitis, accrescant, substitutio nullum effectum habebit: nam et sine substitutione idem juris futurum erat. Porro sic verba testatoris recipienda sunt, ut aliquid egisse intelligantur, *L. si quando, de leg.* 1. Sed nihilominus etiam hoc jus in substitutis coheredibus recte placuit, et vero necesse fuit admitti; quia alioqui hic eadem incommoda metuemus, quæ prius. Evenit enim, ut testator pro parte testatus decedat, pro parte intestatus: item ut coheredes, qui portiones agnoverunt, partem ejusdem hereditatis haberent, partim repudiarent. Nihil ad rem pertinet, quod isto modo substitutio testatoris nullum effectum habeat. Hoc enim non est absurdum, quoties contra leges aliquid cavetur a testatore: quinimo ita jus est, ut privati testatoris cautione legibus derogari non possit, *L. quod bonis*, §. 1. D. *ad leg. Falc.*

Ad L.

Ad L. Si Testamento. 7.

Impp. Dioclet. et Max. AA. et CC. Feliciano.

Si testamento (jure) facto intra pupillarem ætatem et in sua potestate constitutæ filiæ, si intra pubertatem decesserit, directis verbis pater substituit: heredem te factum ex testamento post eventum conditionis, intestati successionem exclusisse constat. S. Kal. Januar. Sirmii, AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Substitutio pupillaris quæ sit.*
2. *Quibus rebus fiat, ut valeat ad fin. usque.*
3. *Puberibus liberis cur non liceat pupillariter substituere, cum et illi liberi sint.*
4. *Parens cur non possit impuberi emancipato substituere.*
5. *Substitutio pupillaris ut fiat, quo tempore impubes in potestate parentis esse debeat.*
6. *Particula* quoque *aliud tempus, quam mortis, includit.*
7. *Error quorumdam interpretum notatur.*
8. *In omni institutione duo tempora sunt spectanda, ut iis valeat testamentum.*
9. *Impubes, cui pater substituit pupillariter, cur talis esse debeat, ut morte patris sui juris fieri possit.*
10. *Parens si pupillariter substituat, et pupillarem ætatem excedat, an substitutio post pupillarem ætatem valeat.*
11. *Liberorum nomine an in pupillari substitutione fœminæ quoque contineantur. An item postumi. An item nepotes, et abnepotes. An etiam instituti et exheredati.*
12. *Substitutio pupillaris ut valeat, tria in testamento paterno requiruntur.*
13. *I. Ut pater sibi testamentum faciat.*
14. *Substitutio pupillaris utrum converso ordine scripturæ valeat.*
15. *II. Ut prius heredem sibi scribat, deinde substituat filio.*
16. *III. Ut testamentum patris valeat.*
17. *Substitutio pupillaris quibus casibus valeat, etiam rescisso patris testamento.*
18. *Substitutio cur ita dicatur.*
19. *Substitutus quis dicatur.*
20. *Substitutionis variæ appellationes synonymicæ.*

HOC rescripto valde commode comprehensa sunt breviter ea, quæ in substitutione pupillari cognoscenda sunt, sed obscurius, quia brevius; ideo ut plane intelligatur, paulo explicatius tradenda sunt. Quæ hic cognoscenda sunt, tria sunt numero. I. Quid sit substitutio hæc. II. Quibus rebus fiat, ut valeat. III. Cum valebit, quis sit
1 ejus effectus Substitutio † pupillaris, ut initio hujus tituli dictum, ea est, qua pater filio impuberi instituto substituit heredem in hunc casum, *Si impubes heres erit, et intra pubertatem decesserit, aut impuberi instituto ita substituit, si impubes decesserit*, ut declaratur *Inst. de pupil. in princ. et §. non solum.*

In qua substitutione, quia heres instituitur pupillo, non patri, ideo substitutio dicitur *testamentum pupillare*, de quo paulo
2 post plura. Ut † valeat substitutio pupillaris, positum est in quibusdam observationibus, quarum aliæ spectantur in ipsa substitutione, aliæ spectantur intrinsecus, nempe in testamento patris, in substitutione ipsa. Jus hoc solum concedit, ut parentes hoc modo substituant, seu testamentum faciant, primo liberis, secundo impuberibus, tertio quos in potestate habent, quarto qui quidem morte patris sui juris fiunt: tum substituant cum hac conditione, *Si intra pubertatem decesserint*, quæ summa colligitur *ex L. 2. in princ. D. h. t.* et idem hoc rescripto comprehensum est. Exigitur, ut substituant parentes liberis impuberibus. Sunt autem impuberes masculi usque ad annum decimum quartum; fœminæ, usque ad duodecimum, intra quod tempus potestas hujus substitutionis consistit, §. *pen. Instit. de pupill.* Igitur puberibus liberis hoc modo heredem substituere non licet.

Sed † cur non licet, cum et hi liberi 3
sint?

sint? Quia si sunt sui juris, ipsi sibi testa-
mentum facere possunt, quæ libertas homi-
ni sanæ mentis adimi non debet, L. 43. *ex
facto*, *D. eod.* Si sunt filiifamilias, et si
bona castrensia, et quasi habeant, etiam de
iis ipsi sibi testamentum facere possunt, quæ
libertas itidem illis relinquenda est. Si hæc
bona non habeant, ne in iis quidem heredem
habere possunt, non ex testamento, quia de
iis testari non possunt, *L. penult. et ult.
qui testam. facere possunt, Instit. quibus non
est permissum testam. fac.* non ab intestato,
quia peculium filiifamilias intestati, etiam mi-
litis, occupat pater jure peculii, non ut he-
reditatem, L. *pater*, *D. de castrens. pecul.*
Non sunt in eadem caussa impuberes, qui-
bus pater hoc modo substituit: nam ii, quia
morte patris, sui juris futuri sunt, ideo bo-
na habere possunt, proinde etiam heredem.
Sed quoniam propter ætatem ipsi sibi testa-
mentum facere non possunt, §. *præterea*,
Inst. quibus non est permiss. Ideo æquum
visum est, ut parentes eis facerent, *Instit.
de pupill. in fin.* Ideo enim æquum, quia
utile est pupillis heredem habere non eum,
quem sors dederit, qui potest esse idoneus,
sed quem dederit judicium et electio patris,
qui de hac re propter affectionem suam erga
filium recte existimabit.

Exigitur propterea, ut impuberes, quibus
pater hoc modo substituit, sint in patris po-
testate, ut patet ex hoc rescripto, et *d. L.*
2. *in pr.* Ex quo colligitur, neque matrem
filio impuberi, neque patrem filio emanci-
pato impuberi hoc modo testamentum facere
4 posse, §. *ult. Instit. de pupill.* Sed † cur
non potest impuberi emancipato parens sub-
stituere, cum et hic non magis, quam is,
qui in potestate est, testamentum sibi facere
possit, et videatur, in quibus eadem ratio
sit, idem jus statui debuisse? Respondeo:
Quia nulli debet licere, ne parenti quidem,
alienis bonis heredem instituere, nisi in quæ
bona jus habet, vetante lege duodecim ta-
bularum et naturæ æquitate.

At pater in filii emancipati bona juris ni-
hil habet, in filiifamilias autem bona jus ha-
bet, propter potestatem patriam, quæ olim
tribuebat parenti etiam jus vitæ et necis. L.
ult. inf. de patr. potest. Qui autem de vita
statuere potuerat, multo magis potuit de bo-
nis. Unde et illud receptum fuit, ut quan-
vis filiusfamilias vivo etiam patre existimetur
dominus esse bonorum; tamen liceat parenti
eum exheredare, idest, bonis iis suis exclu-
dere, quod argumentum etiam est Pauli in
L. *in suis*, *in fin. D. de lib. et post.*

Notandum est autem † hoc loco duobus 5
temporibus impuberem in potestate parentis
esse debere, ut substitutio pupillaris valeat,
nimirum et eo tempore, quo pater ei sub-
stituit, et eo tempore, quo pater moritur,
quod utrumque tempus notandum est, L.
41. *coheredi*, §. *cum filio*, *D. eod.* his ver-
bis: *Cum filio, aut nepoti pater substituit,
nisi mortis quoque tempore sit in potestate
patris, substitutio fit irrita.* Hæc autem † 6
particula, *quoque*, aliud tempus, quam mor-
tis includit, hoc aliud tempus intelligere non
possumus, quam id, quo parens substituit.
Nam ex eo maxime tempore spectatur insti-
tutio, ut consistat, deinde et tempus mor-
tis, ut exitum habeat, media tempora non
nocent, L. *si alienum*, §. 1. *de hered. in-
stit.* §. *in extraneis*, *de her. qual. et differ.*

Ideo diligentius † notandum est, quod 7
inolevit error vulgaris interpretum, admit-
tentium mortis patris tempore debere impu-
berem esse in potestate patris; non autem
quo tempore fit substitutio, dummodo postea
veniat in potestatem patris substituentis, id-
que propter verba L. 2. *in prin.* vers. *sed
extraneum.* Qui error valde notandus est.
Refellitur autem sententia non tantum *dict.*
L. *cum heredi*, §. *cum filius*, sed manife-
stis verbis hujus *L. si testamento*, *L.* 2. *D.
de pupill. in pr.* Nam in hac lege dicitur,
patrem ita recte filiæ substituere in secun-
dum casum, non si filia constituetur postea
in potestate patris, sed si jam antea consti-
tuta erit in potestate patris. Et *in tot. tit.
de pupill.* dicitur, permitti parentibus testa-
mentum facere liberis impuberibus, non quos
in potestate habebunt, sed quos habeant, et
in *d.* L. 2. permitti parentibus facere testa-
mentum liberis impuberibus, non si liberi
erunt postea in potestate, sed si sint in po-
testate, quæ omnia ad præsens tempus sub-
stitutionem referunt, non ad futurum. Huc
accedit, quod antea dixi, in omni † insti- 8
tutione duo tempora spectanda esse ut iis va-
leat testamentum; tempus, quo testamentum
fit, et tempus, quo testator moritur, *d. L.
si alienum*, et *d.* §. *in extraneis.*

Non recte in contrarium moventur verbis
d. L. 2. vers. *sed si extraneum*, *D. eod.*
Sic enim verba sunt: *sed si extraneum quis
impuberem heredem instituerit, potest sub-
stituere, si modo eum adoptarit, vel arro-
gaverit filio præcedente.* Hæc verba, *potest
ei substituere si*, acceperunt, ei nempe ex-
traneo, non recte. Nam adjicere debuerunt
conditionem, quæ sequitur, ut possit testa-
tor ei substituere pupillariter, si modo eum

prius

prius adoptaverit, vel arrogaverit. Et quanvis Ulpianus non adjecit, prius vel postea; tamen cum alterutrum verbum supplendum sit, oportet ex jure sumere, utrum intelligamus. Jus autem præcipit, ut cum oratio ambigua sit, eam sententiam accipiamus, quæ vitio caret. Hæc autem vitio caret, si intelligimus testatorem ei impuberi extraneo substituere posse, qui ante extraneus fuit, sed quem antequam substitueret, arrogavit, aut subjecit potestati suæ.

9 Exigitur præterea, ut impubes, † cui pater pupillariter substituit, morte parentis sui juris fieri possit, ut colligitur ex *d.* L. 2. *in pr. D. eod.* Quod exigitur propter duas caussas; primo propter eos, qui vivo patre sui juris fiunt, quo casu dixi substitutionem fieri irritam, ex L. *coheredi*, §. *cum filia*, *D. eod.* Deinde et maxime propter eos nepotes impuberes, quibus avus pupillariter substituit, qui iidem mansuri sunt in potestate patris mortuo avo, *tit. quib. mod. in prin. Inst.* Iis avus frustra pupillariter substituit, *d.* L. 2. *in prin.* Et ea ratio est, quam supra diximus, quia cum sint in potestate patris hi impuberes mortuo avo, ut bona, sic heredem habere non possunt; frustra autem iis testamentum fit, quibus heres esse non potest, cum sine heredis institutione nullum sit testamentum, L. 1. *in pr. D. eod.* Exigitur ad extremum, ut parens, qui pupillariter impuberibus liberis substituit, substituat hac conditione, si intra pubertatem decesserint, ut *hic et tit. de pupill. in*
10 *prin.* Quid ergo † si pater hanc ætatem excesserit? Resp. Placet substitutionem quidem valere intra pubertatem, sed si filius hanc ætatem excesserit, substitutionem finiri, L. *verbis legis, in prin.* L. *verbis* 7. *in prin. de pup.* Quod ita intelligendum est, si pater filio directis verbis substituat post pupillarem ætatem, ut in hac lege expressum est. Diversum est, si post eam ætatem roget filium, ut hereditatem suam alii restituat, quod omnibus etiam extraneis testatoribus facere concessum est, §. *ult. Inst. de pupill.*

11 Notandum † est autem, quemadmodum liberi sunt impuberes, quibus parens substituit, ita nihil amplius exigi, quam ut liberi sint. Quod dictum est sine distinctione sexus, ut intelligeremus, ut pater substituere potest masculis, sic posse et fœminis impuberibus, §. *pen. Inst. de pup.* unde et hoc rescripto proponitur pater substituisse filiæ impuberi. Item sine distinctione nativitatis, ut intelligeremus substituere licere, non tantum jam natis, sed etiam postumis, *d.* L. 2. *in pr.* Item sine distinctione gradus, ut sciremus licere substituere non tantum filiis, sed etiam nepotibus, et liberis inferioribus in infinitum, qui mortuo testatore mansuri non erant in alterius potestate, L. 2. *in pr.*

Postremo et liberis dictum est, neque distinguitur, sintne instituti, an exheredati, ut hoc quoque intelligeremus, non tantum parentem liberis institutis testamentum facere posse, sed etiam exheredatis, L. 1. §. 1. *D. eod.* Nec obstat, quod in exheredato filio, cui pater testamentum facit, aperte de alienis bonis statuit, nullo autem modo de suis, L. 12. L. *verbis legis*, *de verb. sign.* Nam hoc singulari jure receptum est moribus in persona patris, et cur receptum sit, supra diximus. Nec illud obstat, quod dicitur, cui testamento nihil relictum est, ab eo nec legatum nec fideicommissum relinqui posse, L. 6. *D. de legat.* 3. *leg. ab eo*, *infra*, *de fideicommiss.* Nam hoc ad legata et fideicommissa pertinet, non ad institutionem heredis quem interim substituere pater filio potest, nempe impuberi, et intra pubertatem, si eum parens in potestate habet. Neque hæc inter se contraria sunt. Nam cum aliquid ab aliquo relinquitur, is oneratur legati, et fideicommissi præstatione, item ei detrahitur aliquid de bonis, quorum neutrum fit in pupillari substitutione. Nam in hac pater heredem filio impuberi dando, hunc non onerat, sed honorat, ei non detrahit, sed adjicit heredem non sine impuberis utilitate, cujus interest ideoneum heredem habere, ut supra dictum. Unde qui oppugnat substitutionem pupillarem, is dicitur oppugnare utilitatem pupilli, in L. *Julianus, de acquir. hered.*

Atque hæc in substitutione ipsa pupilli spectantur, ut valeat. Extrinsecus autem ad vim hujus substitutionis etiam quædam in testamento patris exigimus, quæ ex hoc principio ducuntur, quod substitutio pupillaris, et quod idem est, testamentum pupillare, pars est et sequela paterni, §. *liberis*, *Inst. de pupil.* L. *qui plures liber.* §. *ult. in fin. D. eod.* Cui sententiæ consequens est, nisi sit paternum testamentum, quod speciale est, non posse locum esse accessioni, idest testamento pupillari. Propterea † ut substitutio pupilla- 12
ris valeat, hæc tria de testamento paterno exigimus. I. Ut parens, qui filio impuberi testamentum facit, ipse sibi testamentum faciat. Secundo, ut prius heredem sibi scribat, deinde substituat filio. Tertio, ut idem testamentum valeat, idest, exitum habeat.

Primum † exigitur, ut pater sibi testamen- 13
tum

tum faciat, L. 2. §. *quisquis*, *D. eod.* Ac proinde hoc exigitur, ut pater sibi heredem instituat, sive instituat ipsum filium impuberem, sive alium quemvis extraneum; quoniam sine heredis institutione testamentum non valet, L. 1. *in fin. D. eod.* Atqui cum hoc exigimus, simul hoc requiri intelligimus, ut testamentum jure factum sit, puta ne liberi præteriti sint; nam injustum testamentum nullius momenti est, idest, ne testamentum quidem est. L. 1. *de inoffi. test.* Hoc est, quod in hac lege scribitur *in pr.* si testamento jure facto pater substituit, non est satis patrem sibi testamentum facere. Hoc amplius exigitur, ut prius sibi heredem scribat; deinde substituat filio, et non convertat ordinem scripturæ. Hoc ita diserte et multis verbis scribit Ulpianus *in d.* L. 2. §. *prius.* Et ut intelligere liceat hanc sententiam ei probari, eam et ratione et auctoritatibus pluribus, scilicet Juliani et Imperatorum confirmat.

14 Sed † difficultatem facit hoc loco, quod in *eod.* §. *vers. sed si quis*, hanc sententiam videtur mutare; scribit enim substitui filio impuberi recte hoc modo, *Si filius meus impubes intra pubertatem decesserit*, *Titius heres esto*, deinde, *Sempronius filius meus heres esto*, ubi Titius substitutus primo loco scribitur, Sempronius filius institutus secundo, quod Ulpianus ait in substitutione recte fit., et addit, ut videtur, sententiam superiori contrariam, *ut non ordo scripturæ*, *sed ordo successionis spectetur.* Sed principium cum fine ita conciliandum est: observandum est in extremis verbis, quæ supra retulimus, Ulpianum exemplum proponere de impubere filio instituto, cui pater substituit, sed de instituto tantum, non de exheredato. Ex quo intelligere debemus illum, hunc casum a priori sententia generali excipere, ut sit totius ejus §. *prius*, hæc distinctio: cum pater prius substituit filio, deinde
15 sibi heredem scribit: et quæritur, utrum † converso ordine scripturæ substitutio pupillaris valeat, necne: interest, utrum pariter substituat filio impuberi exheredato an instituto: ut si substituit exheredato, substitutio nullius momenti sit; sin autem substituit instituto, valeat, idque optima ratione, quia cum pater filio impuberi prius substituit, deinde eundem filium instituit, secundum manifestam verborum sententiam ita heredem filium instituit, ut velit eum primo loco succedere, substitutum autem impuberi datum, velit secundo loco et postea, ut merito hic ordinem successionis, et sententiam testatoris, non verba scripturæ spectare debeamus. Nam cum pater hic substituit filio impuberi, substituit nominatim sub conditione, *si filius intra pubertatem decesserit.* Cum autem eundem instituit paulo post, instituit simpliciter et pure, ac proinde filio mortuo statim illum heredem esse, et jure ipso statim heres erit, quia est suus heres: sic fit ut secundum necessitatem naturæ et juris non possit fieri, quin sit prius heres, quam moriatur, eoque non sit prius heres, quam substitutus ex substitutione vocetur, quod contra fit in impubere exheredato. Propone enim hoc modo testatorem scripsisse: *Filius meus impubes exheres esto*, *si is intra pubertatem decesserit*, *Titius heres esto*, *Sempronius heres esto.*

Hic prius exheredato impuberi substitutus datus est Titius, deinde Sempronius testatoris heres ex testamento. Sed Titius impuberi heres ex substitutione non erit, quamvis intra pubertatem decesserit, quia substitutio non valet, et ideo non valet; quia vere dicitur in hoc exemplo et secundum verba, et secundum sententiam, patrem prius substituisse filio; deinde sibi heredem scripsisse, quoniam substitutio est sub conditione, *si filius impubes decesserit*, et institutio heredis item sub conditione tacita; *Si Sempronius heres institutus hereditatem adierit*; quia nisi adeat, heres non fit: at per rerum naturam non potest adiri, quamdiu impubes filius vivit, ut tunc adeat, cum impubes erit mortuus: quo fit, ut in hac specie, sive scripturæ ordo spectetur, sive ordo successionis, videatur pater prius substituisse filio, posterius sibi heredem instituisse. Hæc est autem conversio scripturæ, quæ improbatur in principio ejus §.

Ne hæc quidem satis sunt in testamento patris, tertium † etiam hoc exigitur, ut te- 16
stamentum patris jure factum et scriptum, rite etiam valeat, id est exitum habeat L. 2. §. *quisquis*, *D. eod.* §. *liberis*, *Instit. de pupill.* Huic rei hæc sunt consequentia. Primo, ut ne rumpatur testamentum patris, itaque rupto testamento, testamentum pupillare evanescit, *dict.* L. 2. §. *quisquis.* Item et illud consequens, si testamentum, querela inofficiosi perlata, rescissum sit, simul et tabulas pupillares evanescere. L. *Papin.* 8. §. *sed nec impub.* §. *ult. de inoff. testam.* Consequens et illud, hereditatem ex testamento patris adiri oportere, hac non adita evanescere substitutionem pupillarem, quanvis testamentum patris ita jure factum sit, ut ex testamento eo adiri possit hereditas, *d.* L. 2. §. *quisquis*, L. *sed si plures*, §. *si ex ass.*

ass. D. eod. de vulg. et pupill. Hoc ideo consequens, quia non adita ex testamento patris hereditate testamentum ejus fit irritum, L. 1. *D. de injust. rupt.*

Sed hoc quod de adeunda patris hereditate dicitur, in extraneis heredibus locum habet, qui non aliter fiunt heredes, quam si hereditatem adierint. Cæterum ad heredes suos testamento patris institutos non pertinet. Itaque si proponas patrem filium impuberem, quem in potestate habet, heredem instituisse, eique substituisse si impubes decessisset, si mortuo patre pupillus per tutores abstineat hereditate patris, deinde impubes decedat, nihilominus substitutus ex substitutione admittetur; quia substitutio valuerit, L. *filius qui se, L. Julianus, seq. de acquir. hered.* Nec ad rem pertinet, quod filius impubes hereditatem patris non adierit; nam sine aditione ipso jure exstitit patri heres. L. *in suis, de suis et leg. hered.* Quod autem exigitur in extraneo, ut hereditas ab eo adita sit, ideo exigitur ut heres exsistat. Proinde si quis heres erit ejusmodi, qui sine aditione heres jure non exstiterit, idem probandum est, nempe confirmatum esse patris testamentum, ut sic confirmentur quoque tabulæ pupillares. Et ideo vere dictum est a Bartolo in *d.* L. *filius, qui se*, existentia sui heredis confirmari tabulas pupillares.

Interdum tamen, etsi hereditas ex testamento patris adita non sit, aut rescissum
17 etiam sit patris testamentum, nihilominus †
substitutio pupillaris valet. Ac primum quibus casibus fit potestas heredi, repudiata hereditate, iterum eam adire, si adierit, confirmantur tabulæ pupillares. Id autem contingit duobus modis. I. Si heres minor 25. annis hereditatem repudiaverit; nam huic potestas est impetrata restitutione in integrum rursus hereditatem adeundi: quod si fecerit, ut ei dantur utiles actiones ex edicto prætoris, ita confirmantur tabulæ pupillares, et pupillo quanquam decedente, decernuntur etiam utiles actiones ejus substituto, L. 2. §. *interdum, D. eod.* Secundo modo idem accidit, si heres testamento patris rogatus sit hereditatem alteri restituere, nam quanvis initio hereditatem repudiaverit, tamen cogi potest a fideicommissario, ut hereditatem adeat, et restituat, L. 4. *ad Treb.*

Quod si evenerit, ut adeat, eadem opera confirmantur tabulæ pupillares, ut ex iis quandoque substitutus admittatur. *L. nam quod,* §. 1. *ad Trebell.* Idem probandum est, si substitutus pupillo heres rogatus sit hereditatem restituere alteri. Nam hoc casu quanvis heres institutus testamento patris hereditatem patris repudiaverit: et quanvis filius impubes eo testamento fuerit exheredatus: tamen postulante fideicommissario, cogi potest substitutus impuberis hereditatem adire ex substitutione pupillari.

Quod si quis dicat substitutionem pupillarem valere non posse; quia testamentum patris non valeat, ex quo hereditas adita non est, huic non incommode ita occurritur. Nam ut substitutus impuberis ex substitutione adire possit, fideicommissario postulante, cogetur heres patris hereditatem ejus adire, ut sic confirmetur paternum testamentum prius, deinde eo confirmato tabulæ pupillares confirmentur, quæ species est *d.* L. 2. §. *interdum, in prin. de vulg.* Præterea etsi ex testamento patris non adeatur omnino hereditas, tamen quibus casibus ex ejusmodi testamento legata jure prætorio conservantur, iisdem casibus etiam ex testamento valent tabulæ pupillares. Id rursus accidit duobus casibus: unus est, si legitimus defuncti heres sit testamento institutus; deinde mortuo testatori omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem: placet hoc casu confirmari tabulas pupillares *d.* L. 2. §. *quisquis, in prin.* D. *eod.* Hoc ideo, quia etsi repudiata ex testamento hereditate, testamentum jure civili non valet; tamen ex edicto prætoris, *si quis omissa caussa, etc.* perinde id habetur, quasi ex testamento esset adita hereditas; quoniam sic ex testamento et legata et cætera relicta præstantur, ac si ex eo adita hereditas esset, L. 1. *D. si quis om. caus. test.* At si legata a prætore conservantur, multo magis substitutio pupillaris propter utilitatem pupillorum.

Altero modo hoc idem fit, cum testamentum patris rescissum est, bonorum possessione contra tab. petita; nam et hoc casu etsi non valeat testamentum, non eo minus tamen substitutio pupillaris valet, L. *ex duob.* §. *ult.* L. *seq. D. eod.* Hoc ideo, quia singulari quodam jure prætor rescisso per bonorum possessionem contra tabulas testamento, nihilominus legata servantur quibusdam personis, nempe parentibus et liberis, L. 1. *de leg. de præst.* Si legata: multo magis servat hereditatem liberis puberibus ex substitutione pupillari.

Hæc summa est earum observationum, quas in substitutione pupillari tenere oportet, ut valeat substitutio. Ex his autem varia nomina substitutionis nata sunt, quæ ideo nobis sunt observanda, ut cum occurrent, statim ex iis res, quæ demonstrantur, intelli-

gan-

gantur, et simul explicetur eorum verborum
18 appellatio. Primum igitur dicitur † substitutio, *tit. de pup. in pr. et* §. *non solum*, quoniam in hac substitutione instituitur heres secundo loco et gradu. Prius enim pater sibi heredem facere debet, deinde filio, et ita debet, ut prius heredem oporteat existere patri, quam substitutio pupillaris valeat.
19 Is autem † dicitur substitutus, qui secundo loco institutus heres, ita ut non nisi secundo loco succedat, ut initio dixi *h. t.* L. 1. Et notandum est substitutum impuberis, seu hanc substitutionem non dici substitutionem habita ratione impuberis; nam substitutus impuberis est impuberi prius heres, et solus, non secundus. Sed nec ita dicitur, habita ratione patris substitutus impuberi non est omino patri heres, nedum primo, aut secundo, sed est solius impuberis heres. Verum ita substitutio, et substitutus hic dicitur, ex comparatione heredis paterni, nam prius heredem a patre institui oportet, ut dixi: deinde secundo loco filio impuberi, et non convertere ordinem scripturæ, quod ab Ulpiano significatur in *L. 2. in fin. D. eod.* Dicitur substitutio pupillaris, §. *igitur*, *Instit. de pup. L. in pupillari*, L. *ex duob.* §. *ult. de vulg. et pup.* quia etsi non possit substitui pupillo, nisi tunc, cum est in potestate patris; tamen substitutionis eventus confertur in id tempus, cum impubes morte patris, sui juris erit factus, quo tempore dicitur pupillus, *L. pupillus, de verb. sig.* Ea-
20 dem † dicitur testamentum pupillare, *tit Inst. de pup. in pr.* Eodem sensu dicuntur tabulæ pupillares: hoc ideo, quia ex hac substitutione heres instituitur impuberi, non patri, §. 1. *vers. quo casu, Inst. de pup.* Id autem cujusque dicitur testamentum, in quo heres cuique instituitur; quoniam ex heredum institutione testamentum pendent, *L. 1.* §. *qui neque, de her. Inst.* §. *cum heredem*, *Inst. de leg.* Idem testamentum ex ordine institutionis dicitur secundæ tabulæ, ut eædem sint tabulæ pupillares, et secundæ tabulæ, *d.* §. *interdum*, *in pr. d.* L. *qui plures*, §. *ult. D. h. t.* Ex quo intelligimus in institutione pupillari, substitutione facta in testamento patris, duo testamenta esse, unum patris, ex quo heres ei instituitur; alterum filii, ex quo instituitur pupillo heres ex substitutione pupillari. *L. patris et filii*, *D. h. t.* §. *igitur*, *Instit. de pupil.* Et tamen quia tabulæ pupillares, seu substitutio pupillaris per se non valet, sed pars et sequela est paterni testamenti, §. *sibi ipsi*, *Instit. de pupill.* rursum hac ratione fit, ut substitutione pupillari facta, nihilominus unum dicatur testamentum esse patris, cujus pars sit et accessio, substitutio pupillaris: ideoque dicitur hoc sensu unum esse testamentum duorum casuum, idest, hereditatum, *d.* §. *igitur.* Ex hac ratione, cum pater substituit filio impuberi in secundum casum, dicitur patris esse testamentum duplex, et in quibus testamentis eadem fiunt, ea dicuntur duplicia testamenta in usu juris L. *in duplicib. D. ad* L. *Falcid.* Hæc substitutio autem hic in testamento patris, non minus ex sententia intelligitur, quam ex verbis, de quo ad L. 2. *supr.* ubi constabat pupillæ substitutionem testamento patris ordinatam esse, et ita ordinatam secundum ea, quæ dixi. Restat, ut de effectu ejus quæratur, idest, substitutus pupillo heres quando, et cui, seu ad cujus hereditatem ex ea substitutione admittatur, id quod paucis verbis notatum est in extremo hac lege. Ergo ex ea substitutione admittitur substitutus post eventum conditionis, ut sunt verba rescripti, idest, si pupillus intra pubertatem decesserit. Nam hæc hujus substitutionis conditio est. Admittetur autem ita, ut excludat intestati successionem, ut sunt verba rescripti, quibus verbis significatur, quod aliis locis explicatius traditum est, substitutum impuberis, succedere pupillo, et in omnia bona ejus, ac proinde in hereditatem patris, si prius impubes patri heres extitit. *d. tit. pupil. vers. quo casu*, *L. sed si plures*, §. *substitutos*, *L. paterfamilias*, *de vulg. et pupill.* Hoc idem verbis hujus rescripti significari dicimus; qui si tota impuberis non pertineret ad substitutionem impuberis, ex testamento seu substitutione pupillari, impubes succederet. At perinde casu alio proximo ex intestato ei succederet. Nunc autem secundum verba testamenti hæc intestati successio ex substitutione a substituto excluditur. Ex quo colligitur illum in totum succedere in substitutione, exclusis legitimis pupilli heredibus.

Ad L. li-

Ad L. Precibus. 8.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Patronæ.

Precibus tuis manifestius exprimere debueras, maritus quondam tuus miles defunctus, quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis, et secundum heredem scripsisse, utrumne in primum casum, an (in secundum) filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra dicimum quartum suæ ætatis annum aut postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti juris, quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, et patri heres exstitit: eo defuncto ad te omnimodo ejus pertineat successio. Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendiosa, non usque ad certam ætatem facta reperiatur: siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes, quos pater ei constituit, et adierint hereditatem. Si vero post pubertatem: tunc ejus te successionem obtinente, veluti ex caussa fideicommissi bona, quæ, cum moreretur, patris ejus fuerint, a te peti possunt. S. V. Id. April. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Species facti, quæstio, et responsi summa.*
2. *Primus et secundus casus in substitutione, quis.*
3. *In proposito cur nulla substitutio matri obstet, quominus intestati filii hereditatem obtineat.*
4. *Vulgari substitutione expressa contineri pupillarem, nisi voluntas testatoris refragetur.*
5. *Vulgari substitutione a pagano facta non admitti pupillarem tacitam adversus matrem, sed hanc filio impubere herede mortuo admitti ad hereditatem intestati excluso substituto: si modo mater una cum filio instituta sit: alioqui in pagano patre contra.*
   L. ult. C. de Inst. et subst. *explicatur. ibidem.*
6. *Vulgari substitutione expressa nec tunc contineri pupillarem tacitam adversus matrem, cum substitutio a patre milite facta est, et cur diversum in patre pagano.*
7. *Compendiosam substitutionem utrumque casum continere etiam adversus matrem impuberis, quisquis pater substituerit, sive miles, sive paganus.*
   Compendiosa substitutio quæ; ibid.
8. *Militem cuivis heredi a se instituto etiam post pubertatem in secundum casum directo recte substituere, ut bona militis sola ad substitutum pertineant: heredis propria bona ad ejus heredes sive testamentarios, sive legitimos redeant.*
9. *Ex substitutione militis in secundum casum post pubertatem, aut extraneo heredi facta non solum pertinere ad substitutum bona propria militis; sed et fructus eorum bonorum inventos in hereditate, cum heres, cui substituitur, moritur: et qui fructus his verbis intelligantur.*
   L. Centurio D. de vulg. *explicatur: ibidem, et nu.* 8.
10. *Ex substitutione militis in secundum casum post pubertatem facta filio pertinere ad substitutum bona militis jure directo, non fideicommissi, quamvis mater sit superstes.*
11. *Hæc verba*, velut ex caussa fideicommissi, *addita, ut significetur restitutionem hereditatis ex substitutione militari in secundum casum facta, si-*

mi-

milem esse restitutioni hereditatis fideicommissariæ; et cur, ac qua in re sit similis.

12. *Obtineri filii hereditas a matre quo sensu hic dicatur.*

1 Miles pater † filium impuberem, quem in potestate habebat, heredem instituit, eique substitutum dedit; filius mortuo patri exstitit heres: deinde decessit viva matre: hæc filii hereditatem ut intestato mortui occupat, eamque pro sua obtinet ex senatusconsulto Tertylliano: substitutus contra hereditatem filii ex substitutione sibi vindicat: quæritur, ad utrum hereditas pertineat? De hac re consuluit mater Imperatores, et in facti narratione rem nude ita exposuit, *ut supra dixi*, nempe substitutum filio datum, neque expressit in quem casum, utrum in primum, an in secundum. Respondent Imperatores, ut mater certum et absolutum responsum acciperet, debuisse eam manifestius exprimere, in quem casum substitutus datus sit; quia multum referat ad id, de quo quæritur, in utrum casum substitutus quis sit. Proinde cum id mater non expresserit, respondent non absolute, sed sub distinctione, in qua versatur hoc rescriptum. Est autem hæc distinctio. Interest, utrum miles filio impuberi, quem in potestate habebat, et habuit tempore mortis, substituerit in primum tantum casum, an vero in secundum.

2 Primum † casum vocant usitato juris auctoribus loquendi more vulgarem, hujusmodi, *si filius heres non erit:* secundum non vulgarem, qui priorem sequitur, *sive heres erit filius, et postea decesserit*; L. 4. *D. de vulg. et pup. subst.* de quo alias.

3 Si † in primum tantum casum substitutus datus sit, et filius heres exstiterit, ajunt Imperatores non esse incerti juris hereditatem filii hoc casu ad matrem omnimodo pertinere, non autem ad substitutum. Id autem sic colligitur. Nam si nullus est filio substitutus datus, et is testamentum non fecit, intestatus decedit. Intestati autem filii, qui nec patrem habuit, nec filios, hereditas certo jure ad matrem pertinet ex senatusconsulto Tertylliano. *Inst. de sen. Tertyll.* Jam vero hic substitutio nulla fuit, ubi proponitur substitutus in primum tantum casum datus esse, et filius exstitisse heres. Nam si qua hic substitutio est, necesse est aut vulgarem esse, si filius heres non erit, aut non vulgarem, si heres erit, et postea decesserit. Hic vulgaris non est, quippe quæ filio herede exsistente exspiraverit, quod et ipsum certi juris est. L. *post aditam*, *sup. hoc tit.* Non est non vulgaris substitutio; quoniam cum proponatur in primum tantum casum substitutus datus, hæc particula, *tantum*, satis significat secundum casum a testatore comprehensum non fuisse. Ita fit, quod dixi, ut intestatus filius decesserit, eoque et ad matrem pertineat intestati hereditas.

Et † hæc recte dicerentur, ac citra controversiam si vulgari substitutione expressa, 4
ut hic factum proponimus, non contineretur pupillaris. Nunc autem certi juris est, eam contineri, *L. 4. D. de vulg. et pup. subst.* Secundum quam sententiam dici debuit filio impubere mortuo, quanvis prius patri heres exstitisset, ejus hereditatem ad substitutum pertinere ex substitutione pupillari: consequens esse hereditatem nullo modo pertinere ad matrem quoniam substitutio pupillaris testamentum impuberis; quamdiu autem potest ex testamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab intestato non defertur neque matri neque cæteris heredibus legitimis; *L. quamdiu potest*, *D. de acq. her.* Sed quod dicitur vulgari substitutione expressa contineri tacite pupillarem, non est perpetuum. Id hactenus verum est, nisi voluntas testatoris refragetur, quod in specie proposita factum esse intelligendum est. Quæritur igitur in proposito, quare substitutus in vulgarem casum datus a patre, qui filium in postestate habuit, non videatur etiam in secundum casum datus, ut sic admittatur in utrumque exclusa matre ab intestato, et cur non videatur pater de secundo casu cogitasse. Et vulgo obtinuit hæc sententia, ideo in proposito id fieri, quia filius decesserit viva matre: matri non nocere substitutionem pupillarem tacitam: quasi conjectura sit testatorem voluisse, si filius heres exsisteret, deinde intra pubertatem decederet, luctuosam hereditatem filii ad matrem pertinere potius, quam ad substitutos, de quibus in secundum casum nihil aperte.

Sed vereor, † ne hæc sententia defendi 5
non possit. Nam si ob hanc caussam propter matrem excluditur substitutus in secundum casum in substitutione vulgari a milite facta; etiam in pagano testatore idem probandum erit,

erit, qui filio impuberi substitutum dederit in vulgarem tantum casum: quia hic eadem mater est, quæ de hereditate filii litigat, idem humanitatis sensus in pagano patre, ut proinde in eadem ratione idem jus statui debeat. *L. illud, D. ad L. Aquil.* Et hoc etiam vulgo admittunt. Sed refellitur hæc sententia non obscure *L. ult. supr. prox. tit. de institut. et substit.* Nam illic proponitur testator, qui miles non est, uxorem prægnantem heredem instituisse; et una cum uxore ventrem, idest, pupillum, qui in ventre est, pupillo substituisse hoc modo, *Si filius natus non esset*, idest, si heres non extitisset, ac propterea substituisse ei in vulgarem tantum casum: deinde proponitur postumus natus esse, et heres extitisse patri, ac deinde impubes decessisse. Quæsitum est de ejus hereditate, utrum ex substitutione pupillari tacita pertinere debeat ad substitutum, an vero ad matrem rejecta pupillari substitutione? Et illic refertur sententia Papiniani et Ulpiani, probantium quidem matrem ad successionem intestati filii admitti excluso substituto, ut sic vulgari substitutione, quæ expressa erat, non intelligatur contineri pupillaris adversus matrem. Sed hæc sententia a Papiniano et Ulpiano defenditur hac solum ratione; quia mater, itidem ut filius, instituta erat a testatore; proinde si instituta non erit, non admittetur, sed substitutus. Vis hujus argumenti indicatur in L. 1. §. *hujus rei. D. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* Defenditur præterea eadem sententia ab illis auctoribus hac ratione, quod si testator voluit hereditatem suam, quæ uxori non debetur, ad uxorem pertinere; multo magis voluit ad eam pertinere hereditatem filii impuberis, utpote quæ naturaliter matri debetur. Hæc ratio cessat in ea matre, quæ a testatore instituta non est. Quare in ea hoc quoque jus cessabit. *L. quod dictum, D. de pact. L. in omnibus caussis id observatur. D. de reg. jur.* Nec obstat Justiniani constitutio, qua prior sententia remota omni dubitatione confirmatur. Confirmatur enim nominatim a Justiniano in hac specie, et in hoc casu. Nam bis hæc verba repetit ea constitutio, proinde in aliis casibus jus vetus manere oportet. L. *præcipimus, in fin. infr. de appell.* Apparet autem ex superiore dubitatione Papiniani et Ulpiani, in ea matre, quæ instituta non esset, dubium non fuisse, quin filio impuberi heres non eset ab intestato, si pater impuberi substitutum dedisset, quanvis in primum tantum casum. Neque adversatur hic locus, ubi simpliciter dicitur hereditatem impuberis ad matrem pertinere. Nam adjicitur, in hoc casu id non esse incerti juris. Ex quibus verbis liquet Imperatores non loqui de pagano testatore, qui filio impuberi in primum casum substitutum dederit non instituta matre; aut etiam instituta. Nam utrum hoc casu admitteretur mater, impubere mortuo res dubii juris fuit, non certi. Ad ejusdem rei confirmationem adjicere oportet *L. quanvis, supr. h. tit.* ubi uxore testatoris, et filio impubere heredibus institutis, pater ambobus substituit hoc modo; *si uxor et filius heredes non erunt*: et respondetur quidem, si filius impubes heres exsistat, deinde intra pubertatem decedat, substitutum ex substitutione pupillari non admitti, sed matrem ab intestato. Verum ratio observanda est, quamobrem id placeat. Non enim dicitur ideo mater admitti, quia substituto in primum tantum casum dato, mater excludat tacitam pupillarem: sed quia testator his verbis, *si heredes non erunt*, substituendo, intelligitur tantum sensisse de eo casu, qui in utriusque persona locum habere potuit: potuit autem solus casus vulgaris in utriusque persona intelligi. Quo non obscure significatur, si uni tantum filio impuberi pater substituisset in primum tantum casum, cum in ejus persona locum habere potuerit etiam secundus casus, matri locum non futurum, sed substituto, quantumvis mater una cum filio instituta fuerit. Neque hæc sententia iniqua est. Nam cum pater filio impuberi substituit aliquem in primum casum, vult substitutum sibi heredem esse. Qui autem semel eum sibi heredem esse vult, is vult eum etiam perpetuo sibi esse heredem, sive filius heres non sit; sive sit heres. Quapropter etiam filio herede exsistente, et intra pubertatem mortuo, substitutus testatori heres erit ex ejus voluntate. Et quoniam non potest testatori heres esse, nisi etiam sit heres pupillo, quia junctæ hereditates esse cœperunt patris, et impuberis, L. *sed si plures §. filio, D. de vulg. et pup. substit.* ideo substitutus etiam ad hereditatem impuberis vocari intelligitur, ubi alia voluntas manifestior non refragatur.

Sed objicitur † hic locus, in quo contra placet matrem admitti. Et observandum est locum scriptum esse de testatore milite. Sic enim diserte verba sunt: *quod si filius in patris militis positus potestate*: ex quibus intelligimus aliud juris esse in milite, aliud in pagano. Merito: est enim in utroque alia atque alia conjectura voluntatis. Nam in milite hoc probatur, ut tantum sensisse et voluisse intelligatur, 6

tur,

tur, quantum dixerit, non amplius scilicet, ut quemadmodum servatur per omnia id, quod voluit; ita etiam præter voluntatem non servetur, quod non aperte voluit. *arg. in leg. Divus, et L. Lucius, D. de test. mil.* Idque recte placuit, cum propter imperitiam militum, de qua scriptum est in *L.* 3. *supr. de test. mil.* tum propter occupationes expeditionum, in quibus jure militari testantur. §. 1. *Instit. de test. milit.*

Imperitia facit, ut de jure non intelligatur cogitasse miles, si non expresserit, L. *ult. in princ. infr. de jure delib.* Occupatio autem militiæ, et expeditionis omnem aliam cogitationem adimit, ut non temere putandus sit cogitasse, quod nominatim non dixerit. Quod cum ita sit, si miles filio impuberi substituit in hunc casum, *si heres non esset*, non videbitur substituisse in hunc casum, *si heres erit, et deinde decesserit.* Ex quo efficitur, si heres exsistat, certi juris esse exspirasse substitutionem, ac proinde matri locum futurum, non substituto. Cui consequens est, si impubes hoc casu heres exsistat, et intra pubertatem decedat, etiam alium quemlibet legitimum heredem impuberis heredem futurum ab intestato, excluso substituto. Alia conjectura est voluntatis in iis testatoribus, qui milites non sunt. Nam si jus non ignorant, secundum regulas ejus juris testari intelliguntur: si imperiti sunt; tamen de hoc ipso jure videntur sensisse, quia se jure communi testari intelligunt: ut velint etiam ea omnia admitti, quæ sunt ex juris communis sententia, nisi aperte eorum voluntas refragetur. Ex his colligimus, quoties testator in unum casum, puta vulgarem, substituit aliquem filio impuberi, simul etiam in secundum casum substituisse videri: nisi conditio heredis legitimi, qui ad hereditatem impuberis vocatur, aliam admittat conjecturam; id autem contingere, quoties filius impubes decedit viva matre: si modo et ea testamento instituta sit ab eodem testatore una cum filio impubere ex L. *ult. supr. prox. tit.* aut ea non instituta proponatur substitutio facta esse a testatore milite.

7 Atque hæc † ita sunt, si pater miles filio impuberi substituit in primum tantum casum: diversum est, si substitutio a patre etiam in secundum casum vel expressa, vel compendiosa facta fuerit. Sic enim verba sunt hujus *L. in* vers. *sed si.* In secundum casum fit hoc modo: *si filius meus heres erit, et deinde decesserit, Titius heres esto.* Expressa est hoc modo: *si intra pubertatem, aut postea decesserit*, quæ formula initio hujus rescripti expressa est. Dicitur autem hoc casu expressa, quia tempus utrumque verbis specialiter exprimitur, et quod pubertatem præcedit, et quod sequitur. Compendiosa seu compendio fieri dicitur hoc modo: *quandocunque filius meus decesserit*, vel si decesserit, vel *cum decesserit*, quia hoc compendio sermonis utrumque tempus superius comprehenditur, non exprimitur: ut alibi appellatione hominis dicuntur compendio sermonis omnes homines contineri, *L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 3. Ergo si substitutio in hunc casum facta sit, *quandocunque filius heres factus decesserit*, nunquam hereditas filii tota ad matrem pertinebit, sed aut tota ad substitutum, aut saltem pro parte. Utrum autem tota, an pro parte pertineat, ex hac distinctione statuendum est. Aut enim filius decedit intra pubertatem, aut post pubertatem. Si intra pubertatem, eos heredes habebit, quos pater ei substituit, si et hereditatem adierint, ut sunt verba rescripti. Ex quibus intelligimus, hoc casu totam hereditatem filii impuberis ad substitutum pertinere. Itaque in hac hereditate, et bona patris ad substitutum pertinebunt, et item bona propriȩ filii impuberis, undecumque illa obvenerint. Nam cum is patri heres exstiterit, juncta hereditas cœpit esse patris et filii. L. *sed si plures*, §. *filio*, *D. de vulg. et pupill. subst.* Hoc autem fieret jure communi, etsi paganus testator filio impuberi substituisset aliquem in secundum casum. *Inst. de pup. subst.* vers. *quo casu, et d. L. sed si plures*, §. *ad substitutos, de vulg. et pup. subst.* Bene igitur Papinianus in *L. centurio, D. eod,* dixit, hoc casu substitutos jure communi etiam propria bona filii impuberis capturos. Si bona impuberis ex substitutione ad susbstitutum hoc casu pertinent, sequitur nihil ex his ad matrem redire. Nam ut superius dixi, hæc substitutio testamentum est pupilli, quod pater ei fecit. L. 2. *D. de vulg. et pup. subst.* Quamdiu autem potest ex testamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab intestato non defertur neque matri neque aliis legitimis heredibus, L. *quamdiu potest*, *D. de acq. hered.*

Si vero † filius decessit post pubertatem, 8
rescripti verba ita sunt: *matre ejus (filii) hereditatem obtinente, bona quæ patris, cum moreretur, fuerint, veluti ex caussa fideicommissi a matre peti posse.* Quæ verba quia obscuriora sunt, et magnas difficultates pepererunt interpretibus, nobis excutienda sunt. Et in his duo expendenda potissimum: quæ hoc casu bona ad substitutum pertineant: tum

tum quo jure. Igitur cum filius, cui in secundum casum substitutus datus est a patre milite, post pubertatem decedit, non omnia ejus bona ad substitutum pertinent, sed bona duntaxat patris, idest, quæ fuerunt patris, cum is moreretur. Idem in L. *centurio, in fin. D. de vulg. subst.* Hic occurritur ex jure communi. Nam verbis civilibus, idest, directis, post decimum quartum annum frustra substitutio fit; et si facta erit, tamen pubertate finitur. L. *verbis civilibus, et L. in pupillari*, D. *de vulg. subst.* Sed hoc in paganis jus est, in militis substitutione, de qua hic agitur, locum non habet. Potest miles ex privilegio militum heredibus a se institutis etiam in hunc casum, cum heredes exstiterint, substituere, non tantum liberis, sed etiam extraneis, nec tantum impuberibus, sed etiam puberibus. *L. milites, supr. de test. mil.* L. *miles ita heredem D. eod.* Pertinent igitur bona patris militis ad substitutum non jure communi, sed ex privilegio militum, ut dicitur in *d. L. centurio.* Quid? bona propria filii ad quem pertinebunt? nempe ad heredes legitimos: et ideo in specie, quæ nunc proponitur, ad matrem, quæ temporibus hujus rescripti inter legitimos heredes primum locum tenuit ex senatusconsulto: sed cur ex eodem privilegio militis hæc bona non pertinent ad substitutum, cum miles substituerit heredem filio, non sibi? Quia suis bonis miles quanvis substitutionem facere potest, alienis non potest, ne jus alienum imminuat. *d. L. milites, supr. et* L. *cum filiusfamil. D. de test. mil.* Futurum est autem, ut minuat jus alienum filii, si heredem ei dando auferat ei libertatem testamenti faciendi, *L. ex facto*, I. *resp. D. de vulg. subst.*

9 Adjicitur † in rescripto, ad substitutum bona patris pertinere, quæ patris, cum moreretur, fuerunt. Imo etiam ea, dicet aliquis quæ ejus non fuerunt, cum moreretur. Nam hæc bona ad substitutum pertinent cum fructibus inventis in hereditate patris, ut scriptum est in *d.* L. *centurio*, *infr.* Quibus verbis intelligere debemus fructus inventos in hereditate patris, et inventos, quo tempore filius moritur. Neque enim de fructibus inventis in hereditate patris, quo tempore pater moritur, sentire potest Papinianus, qui prius dixerat bona patris pertinere ad substitutum. Bonorum appellatione etiam fructus tempore mortis patris inventi satis continentur, sive pendentes sint, sive jam ante a patre percepti. Nam pendentes pars sunt fundi. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vind.* Percepti autem fiunt ejus, qui fundi dominus fuit. L. *quiescit*, §. I. *D. de usur.* Quapropter cum Papinianus a bonis, de quibus locutus erat, separet et distinguat fructus in his inventos, perspicuum est eum intelligere fructus in illis bonis inventos, quo tempore filius moritur. Et verum est, hos fructus etiam ad substitutum filii pertinere: dummodo fructus in hereditate patris eo tempore inventos, intelligamus eos dici, qui in hereditate eo tempore pendent, non autem qui ante a filio percepti sunt. Ut corpora, quæ patris fuerunt, hereditaria sunt, ita et fructus eorum corporum pendentes. Proinde ut hereditas patris ad substitutum pertinet, sic et fructus ejus hereditatis pendentes. Qui autem fructus vivo filio percepti sunt, hi non pertinebunt ad substitutos, duabus de caussis. Primum; quia amplius non reperiuntur in heditate patris, utpote ab ea separati. Deinde; quia percepti a filio, qui dominus erat bonorum paternorum, ei quoque eadem opera acquisiti sunt, ut sint pars hereditatis ejus, non paternæ *d.* L. *qui scit, D. de usur.* Non obstat hæc lex, quæ de bonis tantum loquitur, quæ patris fuerunt, cum moreretur. Loquitur enim solum de corporibus, non de fructuum præstatione. Corpora ipsa hereditaria si spectamus, ea solum ad substitutum pertinent, quæ fuerunt patris, quo tempore is moritur.

Videamus, † quo jure hæc bona ad substitutum pertineant. Ait enim rescriptum, *veluti ex caussa fideicommissi peti posse.* Quæ verba errori communi ansam præbuerunt, fecerunt enim, ut existimarent vulgo interpretes bona hæc in substitutione proposita ad substitutos pertinere non jure directo, sed jure fideicommissi. Et cum illis objicitur privilegium militis, quo privilegio miles etiam heredibus a se institutis, et exsistentibus substituere alium potest: respondent hic substitutionem directo factam redigi ad caussam fideicommissi propter matrem filii intermediam. Quæ sententia explodenda est: adversatur enim cum manifestæ rationi, tum manifestis locis juris, et maxime etiam huic loco. Jus certum est, militem heredibus a se institutis alium heredem substituere directo posse in secundum casum. *d. L. milites, et* L. *miles ita heredem*, *D. de test. milit.* Porro in specie hic proposita, ut narratur factum in principio rescripti, miles filio suo secundum heredem scripserat, idest, directo substituerat heredem, his verbis, *si filius meus decesserit intra pubertatem, aut postea, Titius heres esto.* Ut igitur miles substi-

stituit directo, ita et directo substitutio valebit. Declaratur vero id evidentissime in *d. L. centurio*, *D. de vulg. subst.* ubi scribitur in eadem hypothesi bona patris ad substitutum pertinere ex privilegio militum. Si ex privilegio, certe non fideicommissi jure. Nam ubi fideicommissum relictum est, fideicommissum jure communi valet etiam post pubertatem, non autem ex privilegio. §. *ult. Inst. de sing. reb. per fideicomm. relict.* §. *ult. Inst. de pup. subst.*

Et ridiculum est, quod vulgo dicunt, propter matrem filii superstitem directam substitutionem a milite factam obliquari. Hoc enim perspicue dicitur adversus notum privilegium militare. Sed et hinc magis falsum esse intelligemus. Nam si substitutio, et institutio directa militis valet jure directo etiam adversus filios militis, ut valet: L. *sicut*, *et* L. *seq. si pr. de test. milit.* multo magis valebit adversus uxorem militis, ad quam nullo jure hereditas militis pertinet. Hæc eadem sententia aperte verbis hujus rescripti confirmatur. Nam hæc verba, *velut ex caussa fideicommissi*; verba sunt similitudinis. Nullum autem simile est idem. Quare si bona patris in proposito petuntur, veluti ex fideicommissi caussa, non dubium argumentum id est, hic fideicommissum non esse; alioqui dicendum fuit bona hæc peti ex caussa fideicommissi, non velut ex caussa fideicommissi. Quod si hic fideicommissum non est, necesse est directam substitutionem relinqui, quæ hic statuatur, nihil est enim medium *d.* §. *ult. Instit. de sing. rebus, per fideicomm. rel.* Et hinc est, quod Imperatores dicunt, hæc bona a matre peti posse. Petendi verbo proprie actio in rem significatur; *L. actio in personam*, *D. de obl. et act.* L. *pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de verb. sign.* si actio in rem substituto datur ad hæc bona patris petenda, indicio est etiam nondum restitutis illis bonis substitutum eorum dominum esse; quoniam in rem actio nisi domino non competit. L. *in rem*, *D. de rei vind.* Non potuit autem substitutus recta a testatore dominus fieri, nisi voluntate in eum collata directo, §. *ult. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.*

11 Quid est ergo † quod dicunt Imperatores, *bona hæc peti posse velut ex caussa fideicommissi?* Additum hoc est convenientissime, ut intelligeremus, non omnia bona filii pertinere ad matrem, sed ea tantum, quæ propria essent filii: bona autem patris sola in restitutionem venire. Quippe idem fieret, si pater miles filium heredem instituisset, et eum rogasset hereditatem suam restituere Lucio Titio post mortem suam. Ex hoc, inquam, fideicommisso bona tantum patris restituenda essent: propriæ autem facultates filii fideicommisso non continerentur, ut est in L. *coheredi*, §. *cum filiæ*, *D. de vulg. et pup. subst.* Sed et illud huic restitutioni cum restitutione fideicommissi convenit, quod si fideicommissum relictum esset a filio testamento patris militis, omnia bona patris restitui deberent ex fideicommisso non imminuta ex Lege Falcidia, seu senatusconsulto Trebelliano, quia in testamento militis cessat Lex Falcidia, L. *in testam. supr. de test. mil.* Sic et hoc loco ex substitutione directa militi, quæ post pubertatem facta est, omnia bona patris ad substitutos pertinent. Ex quo apparet, non alium sensum esse horum verborum, *velut ex caussa fideicommissi*, quam hunc: nimirum in proposito bona patris a matre peti posse, et restitui debere similiter, uti peti possent, et restituerentur, si pater filio herede instituto eum rogasset, cum moreretur, hereditatem suam restituere Lucio Titio: id est, in summa, restitutionem hanc similem esse restitutioni fideicommissi. Unum dissimile est in fructibus. Nam ex substitutione directa militis, de qua nunc agitur, ut bona ipsa patris ad substitutos pertinent; ita et fructus inventi in hereditate patris, quo tempore filius moritur. In restitutione autem fideicommissi fructus non veniunt, nisi ex quo tempore mora facta est. L. *in fideicommissaria*, *D. ad Trebell.* Sed id non adversatur huic loco. Nam, ut dixi, loquuntur Imperatores de restitutione bonorum, non etiam de restitutione fructuum. Verum est autem in restitutione bonorum privatorum, idest, corporum ipsorum, omnia esse directæ substitutioni, quæ post pubertatem facta est, similia cum fideicommisso. Nihil igitur hæc verba, *velut ex caussa fideicommissi*, obstant, quominus in proposito intelligamus bona patris ad substitutum pertinere jure directo, non fideicommissi, ex privilegio militum.

Magis † obstare videri possunt illa verba, *te ejus hereditatem obtinente*, quibus significatur matrem obtinere hereditatem filii. Obtinere autem est jure obtinere: et hereditas filii non tantum propria bona filii continet, sed etiam hereditatem patris; quæ postquam filius heres exstitit, cœpit esse in patrimonio filii, cœpitque ex utraque una hereditas fieri. *d. L. sed si plures*, §. *filio*, *D. de vulg. et pup. subst.* Et concedendum est hoc ita esse, si in his verbis *obtinendi* verbo intelligeremus 12

mus jure hereditatem obtineri a matre, et præterea hereditatis verbo totam hereditatem filii acciperemus. Sed neutrum necesse est sic accipi, cum possit alius esse sensus idoneus. Et vero potest hic esse sensus horum verborum duplex, et is quidem ad verba, et quæstionem propositam quam accommodatissimus. Unus ut sic interpretemur, *Te ejus*, idest ejus solius filii hereditatem propriam obtinente, sitque hæc sententia: hereditas propria filii ad te pertinet in proposito, o mater; reliqua autem bona, quæ fuerunt patris, a te peti possunt, ut sic nihil amplius ad te pertineat, quam propria bona filii tui, ut appellantur hæc bona in *d.* L. *centurio*, *de vulg. et pup. subst.* Quæ sententia ut verbis convenit; ita per se verissima est, ac proinde accipienda, quia vitio caret, L. *in ambigua*, D. *de legib.* Esse etiam potest horum verborum alter hic sensus, non minus vitio carens, quam prior, ut intelligamus hic conditionem esse, *si hereditatem filii obtines, o mater.* Est enim hic ablativus absolutus, *te obtinente.* Dici autem vulgo solet, et verum est ablativos absolutos resolvi in conditionem, ut, *restituas hereditatem fundo retento*, vel *pecunia accepta*, idest, cum fundum retinueris, vel pecuniam acceperis: seu si retinueris, si acceperis, L. *a testatore*, *D. de cond. et demonstr.* Quo modo interpretantibus erit hæc sententia, *si hereditatem totam filii, o mater, obtines*, idest, tenes, possides; *bona patris, quæ in ea hereditate sunt, a te peti possunt.* Recte vero, et necessario ad hanc petitionem dandam superior conditio adjecta est. Nam ut quis vel res singulas, vel hereditatem possit vindicare, non est satis eum, qui vindicat dominum esse vel rerum singularum, vel hereditatis, sed opus est, ut is, a quo hereditatem petit, possideat pro herede, vel pro possessore, *L. regulariter*, *et seq. D. de her. pet.*

Ad L.

Ad L. Humanitatis. 9.

Imp. Justinian. A. Mennæ. PP.

Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut si filium nepotem, vel pronepotem cujuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius, vel filia, nepos, vel neptis, pronepos, vel proneptis, mente captus, vel mente capta perpetuo sit: vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat: liceat iisdem parentibus legitima portione, ei vel eis relicta, quos voluerint his substituere: ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur: ita tamen ut si postea resipuerit, vel resipuerint: talis substitutio cesset. Vel si filia aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint: non liceat parenti, qui, vel quæ testator, alios quam ex eo descendentes unum vel certos, vel omnes substituere. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes; ex his vero personis, quæ mente captæ sunt, nullus descendat ad fratres eorum unum, vel certos, vel omnes eandem fieri substitutionem oportet. Dat. III. Id. Decemb. Constantinop. D. N. Justiniano A. PP. II. Cons.

SUMMARIA.

1. *Summa hujus constitutionis, rerumque partitio.*
2. *Parentes, quibus modis, quave ratione liberis mente captis substituant.*
3. *An omnes parentes illo modo substituere possint. An et mater et avus. Et quid si plures sint parentes liberorum mente captorum, quorum ex iis testamentum valeat.*
4. *Beneficium hujus legis an ad furiosos quoque pertineat.*
5. *An quoque ad prodigos, surdos, et mutos.*
6. *Liberi mente capti, quibus pater in secundum casum substituit, ut valeat substitutio, oportet, ut mortuo testatore non sint in potestate alterius parentis cujusquam.*
7. *Mente captis liberis quibus conditionibus substituere liceat.*
8. *Mente capti si ex minori parte, quam legitima instituti sint, an nihilominus substitutio valeat.*
9. *Mente capti si resipiscant post substitutionem, deinde recidivi fiant, atque decedant, utrum substitutio evanescat, maneatve.*
10. *Substitutio mente captorum quid distet a substitutione pupillari, et n. 3. et 7.*
11. *Item cur tam multum distet a pupillari.*
12. *Qui hujus substitutionis effectus.*

1 SUmma † constitutionis hæc est: permittitur hac lege parentibus liberis suis mente captis quanvis puberibus, heredibus prius non minus, quam ex portione legitima institutis, substituere in secundum casum; *si heredes erunt, et in eadem valetudine decesserint.* Et substituere his quemlibet, præterquam si liberi mente capti filios habeant, aut fratres ex eodem parente testatore natos. Nam si filios habent, hi substituendi sunt: si non, substituendi sunt fratres: dum tamen intelligamus sufficere unum aliquem ex his substituere, neque necesse esse substituere omnes. Et hoc permissum ad exemplum pupillaris substitutionis, eadem ratione. In his multa quæruntur ad explicationem constitutionis, quæ ut recte et ordine explicari possint, partes hujus juris nobis distincte excutiendæ sunt. Sunt autem hæc, de quibus quæritur. I. Quod genus substitutionis hic permittatur parentibus; et qua ratione. II. Qui possint hoc modo substituere. III. Quibus possint. IV. Qua lege et quibus conditionibus. V. Quos possint substi-

stituere. VI. Hujus substitutionis recte constitutæ quis sit effectus.

Primo loco genus substitutionis observan-
2 dum est. Permittitur † parentibus liberis mente captis substituere, non in hunc casum, *si heredes non erunt*, quod supervacuum fuerit; cum hoc modo quis substituere possit quibusvis heredibus a se institutis; sed in hunc casum, *Si liberi heredes erunt, et postea antequam resipuerint, sive mentis compotes facti sint, decesserint*, quod contra rationem juris constitutum est, ut initio hujus tit. dictum. Recte autem id permissum est hac constitutione, quod prius non licebat, nam hæc substituendi facultas prius impetrari solebat a principe, *L. ex facto, D. de vulg.* Introducendæ autem hujus constitutionis æquitas hæc fuit, quod liberi mente capti etiamsi ætate puberes sint, tamen non magis testamentum facere possunt, quam impuberes, proinde æquum hic quoque fuit, ut parentes ipsis facerent, §. *qua ratione, Inst. de pupill. subst.* Et hac ratione dicitur hæc substitutio introducta esse ad exemplum pupillaris substitutionis; nam alioqui in multis, vel in singulis fere partibus distat hoc genus substitutionis a pupillari.

3 Videndum est, † qui possint hoc modo substituere liberis. Et generaliter hoc permissum est parentibus omnibus sine distinctione sexus, aut gradus. Nam et matri eadem substitutio permittitur, et avo, et aliis parentibus in infinitum, de quibus expressum est *in pr. const.* De sexu constat ex *vers. pen. et ult.* ubi nominatim, *qui* vel *quæ* testator, et testatrix dicitur, qui hoc modo substituerit. Unde et intelligimus parentes hoc modo substituere posse liberis, etiamsi liberos in potestate non habeant, nam fœminas constat liberos in potestate non habere, §. *fœminæ, Inst. de adopt.* In quo primum discrimen observandum est inter hanc substitutionem, et pupillarem. Nam parentes liberis substituere possunt in secundum casum, sed iis solum, quos in potestate habent, *L. 2. de vulg.* Quod si plures sint parentes liberorum mente captorum, an omnes possunt hoc modo substituere mente capto; nam constitutio parentibus in universum permittit. Resp. Non posse, quoniam hæc substitutio est testamentum filii mente capti: ut appellatur in hac constitutione, quia si licet omnibus parentibus hoc modo substituere liberis, liberi decederent, pluribus testamentis relictis, quod jus civile in paganis non patitur, L. *quærebatur, D. de test. mil.*

Quid ergo, si nihilominus plures parentes ejusdem filii mente capti hoc modo substituerent, puta pater, mater, avus, avia? Resp. Tunc dicendum, plus uno testamento ex his valere non posse. Cujus ergo testamentum valebit? Resp. Si is substituit, qni mente captum in potestate habet, hujus substitutio valebit, quoniam in eandem personam et naturalia et civilia jura concurrant: sin omnes parentes jure potestatis pares sint, admittetur solius patris substitutio, si is substituerit; secundo loco matris, deinde cæterorum parentum, ut quisque gradu propior erit, argum. in *L. 2. vers. quærebatur, D. de senatuscons. Treb. et L. ult. in pr.* supr. *de cur. fur.* Quid si mater, quæ sola substituerit filio mente capto: iterum nupserit, et induxerit vitricum filio mente capto? Resp. verba constitutionis etiam hanc substitutionem admittunt. Et hæc mater parens est. Sed probo juxta communem existimationem, hujus matris substitutionem recipi non debere, quoniam cui non permittitur bonorum administratio filii, dum filius vivit, huic permittenda non est morte filii. Huc pertinet *L. 9. tutores, §. pen. supr. de administ. tut. L. 1. supr. ubi pupill. educ.*

Tertium caput est, quibus parentes substituere possunt? Et placet liberis puberibus, mente captis. Mente capti qui sint, notum est. Sed quoniam constitutio de mente captis solum loquitur, et multi sunt puberes liberi, qui quanvis mente capti non sunt, tamen sibi testamentum facere possunt: ideo de iis si quæsitum est, an ad eos quoque porrigi possit beneficium hujus legis, utpote in quibus eadem ratio sit: et certi juris sit, in quibus caussis eadem ratio est, idem jus admittendum esse, L. *illud, ad* L. *Aquil.* Ac † primo quæsitum est, quid si liberi 4
sint furiosi; nam furiosi distinguuntur a mente captis in *L. furiosi, supr. de nupt.* Resp. iis multo magis substitui posse ex hac constitutione, verbis substitutionem admittentibus, non solum sententia. Nam furiosi sunt mente capti: distant quidem mente capti a furiosis, sed ut distat genus a specie. Nam mente capti genus est, furiosi species: nam non omnes mente capti furiosi sunt, sed omnes furiosi sunt mente capti; nam in his est abalienatio mentis communis omnium mente capacium, sed ad hanc amplius accedit furor: ita plus est furiosum esse, quam mente captum. Unde factum est, ut quod olim de furiosis constitutum erat, dubitaretur, an pertineret ad omnes mente captos, quæ dubitatio est *d.* L. *si furiosi, supr. de nupt.*

Quid si liberi erunt prodigi, † quibus bo- 5

bonis interdictum sit, nam et ii testamentum facere non possunt, §. *item prodigus*, *Inst. quib. non est permissum*, et tamen non videntur esse menti capti? Resp. Et in his hanc substitutionem admittendam esse, quoniam et hi bonorum administratione furiosorum loco habentur, *L. his qui*, §. *ult. D. de tut. et curat. dat.* ut si substitutio admittitur in furiosis, ex verbis hujus legis admittenda sit etiam in prodigo. Quid si liberi erunt surdi et muti, cum et ipsi testamentum facere non possint, L. *discretis*, *supr. qui testam. fac. possunt.* Et vulgo admissum est, parentem hoc modo substituere posse eo, quo hic constitutum est; quia et in his eadem ratio sit, quæ in superiori. Non recte, nam hi sunt sana mente, constitutio autem de mente captis loquitur. Nihil ad rem pertinet, quod et hi testamentum facere non possunt: nam animadvertendum erat, quod hic permittitur in filiis mente captis, singulare jus esse, contra rationem juris communis introductum. Certi autem juris est, quod contra rationem juris constitutum est, non esse producendum ad consequentias, idest, non esse transferendum ad casus, quantunvis similes, L. *quod contra*, *de reg. jur. L. quod contra, et 2. LL. seqq. D. de legib.*

6 Non est † satis liberos, quibus pater substituit in secundum casum, esse mente captos; sed oportet etiam esse hujusmodi, ut mortuo testatore non sint in potestate alterius parentis cujusquam. Finge hac ratione: mente captus patrem et matrem habet, estque in potestate patris; sola mater eo filio herede instituto, ei substituit, *si heres erit*, *et in eadem valetudine decesserit*: dicemus substitutionem non valere. Idemque dicendum est, si avus filium heredem, et ex eo nepotem habeat mente captum, utrumque in potestate, et nepoti substituit in supra scriptum casum, nam mortuo avo nepos recidit in potestatem patris, *in pr. tit. Inst. quib. mod. jus, etc.* quamobrem substitutionem evanescese dicimus. Nihil quidem de hac re comprehensum est hac constitutione, sed ex verbis, et sententia satis colligitur. Nam constitutio permittit parentibus liberis mente captis testamentum facere, et substituere heredem: non permittitur hoc, nisi in iis liberis, qui decedentes heredem habere possunt, quoniam habent bona, filii autem similem heredem habere non possunt, ut dixi ad L. *si testamento*, *supr. h. t.* Proinde hac parte idem probandum est in hac quæstione, quod in pupillari, quo genere substitutionis dixi, non posse parentem substituere liberis impuberibus qui mortuo parente mansuri sunt in potestate patris, L. 2. *in pr. de vulg.*

Quartum caput est, † quibus conditionibus hic constituere mente captis liceat? Et licet omnino tribus. Prima conditio est, si liberi non minore ex parte quam legitima instituti sint. Verba enim constitutionis hæc sunt, *legitima eis portione relicta*, quæ valent, si legitima eis portio relicta sit, in hanc enim conditionem ablativus absolutus resolvitur. L. *a testatore*, *de cond. et dem.* Quo exigit primum constitutio, ut liberi instituti sint: in quo rursum aliud discrimen notandum est inter hanc substitutionem, et substitutionem impuberum: nam parens impuberibus liberis substituere potest etiam exheredatis, *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* Cur secus in mente captis constitutum sit, infra dicetur. Exigitur amplius, ut liberi instituti sint non minori ex parte, quam legitima. Ea fuit olim quarta ejus portionis, quam quis habiturus esset ab intestato, *L. Papinian.* §. *quoniam*, *D. de inoff. testam.* Nunc triens, aut semis, pro numero liberorum, *Novell. de triente et semisse.* 7

Quid autem † si mente capti minori ex parte instituti sint, quam legitima? Respond. Consequens est substitutionem non valere, cum enim lex aliquid fieri jubet, id intermitti vetat, proinde si contra factum erit, non valet, quod actum est, tanquam contra legem factum, L. *non dubium*, *sup. de legib.* Nec alia ratione placuit præteritis liberis, qui in potestate parentis sunt, testamentum nullius esse momenti. Cum enim lex liberos institui, aut exheredari jubet, simul præteriri vetat: unde consequens est, contra legem eos præteriri, eoque testamentum factum non valere. Non obstat, quod cum filius minori ex parte, quam legitima institutus est, placet institutionem valere, ut filius ad supplementum legitimæ agat. L. *omnimodo*, *sup. de inoff. testam.* Nam hic de institutione filii non agitur, sed de substitutione quæ fit filio. Institutio ex minori parte facta valet, quia hanc tuetur *L. omnimodo.* Substitutio huic institutioni subjecta non valet, quia hæc infirmatur lege. Nihil etiam ad rem pertinet, quod filius *ex d.* L. *omnimodo* quartam supplere potest, aut trientem: nam ex hac constitutione non est satis, si liberi mente capti legitimam portionem quovis modo habeant; sed exigitur, ut eis credita sit, idest, ut habeant eam, non jure, sed judicio testatoris. 8

Se-

Secunda conditio, seu cautio exigit, ut liberis mente captis substituatur, sub conditione, *si in eadem valetudine decesserint.* Nam si resipuerint, constitutione expressum
9 est, substitutionem cessare. Quid † ergo si mente capti, quibus substitutio facta erat, resipuerint, deinde in eandem alienationem mentis inciderint, atque ita decesserint: utrum evanuit substitutio, an vere manere intelligitur? Secundum verba constitutionis prima fronte dici potest substitutionem evanuisse, quia verum est semel mente captos resipuisse. Et quanvis postea in eandem mentis alienationem incidant, tamen dici potest, non ideo magis substitutionem confirmari, quia semel evanuerit, et quod semel evanuit, tractu temporis non convalescit, *arg.* §. 1. *Instit de inutil. stip.* L. *inter*, §. *factum*, *D. de verb. obl.* Sed melius est substitutionem hoc casu valere. Quemadmodum enim in substitutione pupillari oportet impuberem duobus temporibus esse in potestate patris, et quo tempore ei fit substitutio, et quo tempore is moritur: media autem tempora non nocent, L. *coheredi*, §. *cum filio*, *D. de vulg.* L. *si alienum*, *de hered. instit.* Sic in hac substitutione mente captorum probandum est sufficere, si duobus temporibus mente sint capti, et quo tempore fit eis substitutio, et quo decedunt. Cæterum media tempora ne noceant. Non obstant verba constitutionis, quibus dicitur *constitutionem cessare, si liberi resipuerint;* non quod cessare significet, et tempus et jus suspendi, nam cessare dicitur quod ipso jure, et omnino locum non habet, ut cum dicitur in testamento militis cessare Falcidiam; L. *in testamento*, *sup. de sup. de testam. milit.* sed quia hæc verba, *si resipuerint*, sic interpretanda sunt, si omnino resipuerint, ut sic in eandem alienationem mentis postea non recidant, nam qui recidunt, plane resipuisse dici non possunt.

Si tamen filius mente captus per id tempus, quo sanæ mentis fuit, testamentum fecerit: substitutio evanescit quanvis postea in eundem morbum inciderit. Nam testamentum, quod prius fecit, nihilominus valet. Is autem plus uno relicto testamento, decedere non potest, L. *quærebatur*, D. *de test. milit.* et si quæritur utrum potius valere debeat: certi juris est, ejus potius testamentum valere debere, ne heredi sanæ mentis auferatur testamenti factio, L. *ex facto*, *D. de vulg.*

Tertio cautio, seu conditio exigit, ut pater prius sibi testamentum faciat, idest, sibi prius heredem instituat testamento, et ita instituat, ut testamentum valeat, et ex eo hereditas adeatur. Id quidem non exprimitur hac constitutione, sed verbis significatur; nam constitutio permittit parentibus, substituere liberis. Non est substitutio, nisi sibi prius parens heredem instituat. Hinc intelligimus ipsum sibi prius heredem instituere debere, L. 2. *in fin. de vulg.* Et quoniam exigimus, ut heredem sibi testamento instituat, simul exigimus, ut testamentum valeat, et exitum habeat, nam pro non facto est, quod jure non valet. Denique intestatus decedere dicitur, qui ita fecit testamentum, ut idem non valeret. *Inst. de her. quæ ab intest. in pr.* Proinde quæ de testamento patris dicta sunt, institutionem impuberis nimirum in eo præcedere et valere oportere, L. *si testamento*, *supr. h. t.* huc omnia recte transferentur.

Supra constitutum est quod possint parentes liberis mente captis substituere, item constitutione expressum est licere quoslibet substituere. In initio excipitur, nisi mente capti filios habeant, aut fratres ex eodem testatore parente natos: nam si liberos habent, ii jubentur institui, fratres item, vel unus, vel certi, vel omnes. Ex quibus verbis perspicuum est, si mente capto plures filii sint, non tamen necesse habere patrem omnes liberos ejus mente capti substituere, sed sufficit instituere vel unum ex illis. Sed hic occurritur ex jure communi: nam hæc substitutio est testamentum mente capti patris, jam si liberi ejus sint præteriti, testamentum nullius est momenti, *tit. de exher. lib. Inst.* L. *inter*, *de lib. et post.* Hæc objectio movit Accursium et plerosque alios, ut hoc loco interpretarentur, non omnes liberos mente capti necesse esse substituere, si modo hi ex justa caussa exheredentur.

Sed hæc sententia manifestis verbis hujus constitutionis refellitur, nec tantum verbis, sed manifesta etiam sententia. Nam primo fit potestas unum tantum instituendi, vel certos. Quo significatur, esse in potestate testatoris non omnes instituere, nec exigimus, ut qui non instituuntur, exheredentur: nam exigere, ut exheredentur, nihil aliud est, quam exigere, ut instituantur. Ideo enim exigimus, ut exheredentur liberi, quia volumus eos institui, nisi exheredentur, *d. tit. de exhered. liber.* Propterea in hac constitutione verbis expressum est, ita licere parentibus substituere liberis mente captis, ut adversus eorum testamentum querela inofficiosi testamenti non competat. Quæ verba ad alios referri non possunt, quam ad eos, quibus

bus alioqui adversus testamentum sani hominis competeret inofficiosi testamenti querela: hæc tamen competit liberis merito exheredatis, et inde intelligi oportet etiam liberis mente captis, vel præteritis, vel immerito exheredatis in substitutione mente capti facta, nihilominus substitutionem manere, nec rescindi eam querela inofficiosi testamenti.

Additur et hoc verissimum argumentum. Nam si dicimus licere aliquos liberos mente capti non substituere, si modo justa ex caussa exheredentur: licebit etiam dicere licere nullum instituere. Intelligimus enim hanc conditionem, si modo omnes exheredentur, quod est adversus manifestam sententiam hujus loci. Verissimum igitur est, verba constitutionis remedium esse, ut quanvis mente capto patri plures sint filii, tamen possit pater mente capti unum tantum ex eis liberis substituere, ut nihilominus substitutio valeat, quanvis sine caussa cæteris præteritis. Non obstat, quod liberis testamento patris præteritis testamentum nullius momenti est; nam hæc substitutio, quæ fit mente capto, est testamentum ejus, qui substituit, nam is testamentum mente capto facere intelligitur, non mente captus sibi. Hæc Papiniani ratio est ad defendendum testamentum impuberis adversus querelam, quæ aut matri, aut fratri impuberis manere potest, in L. *Papin.* §. *sed nec impub. D. de inoffic. testam.* Nec dubium, quin hanc rationem senserit Justinianus, cum dixerit adversus testamentum hujusmodi mente capti, querelam non dari, ad exemplum pupillaris substitutionis.

10 Et hoc rursum notandum est, † distare hac parte hanc a substitutione pupillari: nam in substitutione pupillari, potest pater filiis impuberibus, quos in potestate habet, et suos heredes, et extraneos substituere, prout velit, L. *sed si plures*, §. *quos*, L. *vel singulis*, *de vulg. substit.* Non male igitur hoc loco quæritur, cum hæc substitutio mente captorum introducta sit ad exemplum substitutionis pupillaris, cur † placeat tam multis in rebus, etiam extra personas esse dissimiles? Resp. Cum hæc substitutio contra rationem juris communis introducatur; consultum fuit, quam minimum in ea a jure communi recedere, etiamsi aliud constitueretur in substitutione pupillari. Quod si in hac constitutione amplius in aliqua parte constituitur, non alia hujus rei ratio est quærenda, quam quod hæc constitutio est beneficium principis. Licet autem unicuique modum beneficio suo statuere, quem voluerit. 11

Substitutione mente captis rite facta secundum formam supra scriptam, restat postremum, ut de † effectu videamus. Is est in eo, ut intelligatur, quatenus substitutio valeat, et ad quæ bona filii mente capti substitutus admittatur. Prius expressum est in hac substitutione, cum dicitur, ita valere hanc substitutionem, ut ad exemplum pupillaris substitutionis, inofficiosi testamenti querela adversus eam non competat. Posterius ex eo intelligitur, quod hæc substitutio testamentum filii nominatur; sic testamentum filii est, si substitutus ei succedat, sive ejus bonis; nam ut diximus ad L. *si testamento, sup.* id demum cujusque testamentum est, in quo heres ei instituitur. Quod si hac substitutione succeditur filio mente capto, apparet substitutum non capere tantum bona patris, aut ejus parentis, qui substitutionem fecit, sed filii quoque, undecunque a patre quæsita, idque ad exemplum pupillaris substitutionis, de qua ad *d.* L. *si testamento*, dixi. 12

Ad L.

Ad L. penultim.

Imp. Justinian. A. Joanni *præfecto prætorio.*

Cum quidam duobus impuberibus filiis suis heredibus institutis adjecit, *si uterque impubes decesserit, illum sibi heredem esse*: dubitabatur apud antiquos legum auctores, utrumne tunc voluerit substitutum admitti, cum uterque filius ejus in prima ætate decesserit: an alterutro decedente, ilico substitutum in ejus partem succedere. Et placuit Sabino, substitutionem tunc locum habere, cum uterque decesserit, cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in ejus portionem succedere. Nos ejusdem Sabini veriorem sententiam existimantes non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima ætate decesserit. Datum VI. Kal. August. Constantinop. post Consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Substitutus hoc modo,* si uterque institutorum decesserit intra pubertatem, Titius heres esto*: si unus tantum decessit, substitutio non admittitur in partem.*
2. *Contraria removentur et per tot.*

1 Testator † duobus filiis heredibus impuberibus institutis, ita his substituit, *si uterque eorum decesserit intra pubertatem, Titius heres esto:* Unus decessit. Quæritur, an substitutus in ejus partem ex substitutione admittatur? Justinianus Sabini sententiam secutus constituit in hac specie non prius substitutio locum esse, quam uterque impuberum decesserit, quod et ipsum scriptum est in *L. qui duos, D. h. t.* Id non tantum ratio personarum, sed etiam verba substitutionis exigunt, nam cum hic una substitutio sit facta, sub conditionibus duabus, sed conjunctim adscriptis: omnes impleri oportere, ut substitutioni locus sit, §. *pen. Inst. de hered. instit.* L. *si heredi, de condit. et substit.* Dubitatio nata videri potest ex eo, quod scriptum est in *L. falsa, D. de cond. et demonst.* ubi traditur pluralem orationem resolvi in plures singulariter, ut cum testator dicit; *Stichum et Pamphilum do lego, si mei erunt, cum moriar,* tantum valeat, ac si testator ita dixisset separatim*, Stichum do lego, si meus erit, cum moriar, et item Pamphilum, si meus erit, cum moriar.*

Huic sententiæ conveniens esse videri potest, ut hanc substitutionem, *si uterque intra pubertatem decesserit*, sic accipiamus, quasi dictum esset*: Si impubes decesserit, Titius heres esto*, rursum, *si aliter posterior item impubes decesserit, idem Titius heres esto.* Sed hoc tantum abest, ut colligatur ex superiori dicto, ut potius contrarium ex eo efficiatur. Nam cum testator ita dixit semel, *Titius heres esto*, hæc singularis, non pluralis oratio est. Proinde una substitutio, non plures. At cum dixit, *Si uterque impuberum decessit*; fatemur hanc orationem, quæ collectiva est, pluralem orationem habere, quasi dictum esset, *Si ambo impuberum decesserit*, et hanc orationem resolvi in has duas, *si prior impubes decesserit*, *et si posterior item impubes decesserit.* Sed utraque oratio nihil, nisi duas conditiones efficit diversas, easque conjunctim adscriptas, ut efficiatur una substitutio sub duabus conditionibus conjunctim adscriptis. Quod si verum est, constituitur magis sententia hujus loci, et ratio ea, quam reddidimus.

Objiciuntur huic † sententiæ tres potissimum loci; L. *pen. D. de injust. rupt.* ubi duobus heredibus institutis substituti dati proponuntur, et uno herede deficiente, respondetur substitutum in partem ejus admitti. Sed locus ad rem nihil facit, nam proponuntur pluribus heredibus institutis dati, unde intelligimus, singulis heredibus singulos substitutos datos, non sub hac conditione, *si omnes heredes decesserint*, sed, *si singuli.* Objicitur etiam L. *Lucius*, §. *Cajo ad Trebellian.* ubi duo heredes instituti Sejus et Titia, ita rogati sunt restituere hereditatem, *Rogo vos Sei et Titia, post obitum vestrum hereditatem* 2

em restituatis primo et secundo. Hæc verba, *post obitum vestrum*, hoc exprimunt, *cum obieritis.* Hæc autem oratio conditionem habet, *si obieritis ambo*, *L. si Titio*, *D. quando dies Leg. ced.* Et tamen respondetur, ut fideicommissum debeatur primo et secundo, non esse exspectandum, dum Sejus et Titia ambo decesserint, sed uno demortuo, fideicommissi ejus partem deberi. Hic locus nihil obstat. Hic enim sunt duo fideicommissa separatis conditionibus relicta: cum enim testator ita scribit: *Sei et Titia restituatis*: perinde est, quasi sigillatim dixisset: *Sei restituas post obitum tuum*, *et tu item Titia post obitum tuum*, itaut sunt plura fideicommissa, ita plures conditiones distinctæ. Hic autem agimus cum una substitutio est, in qua substitutus vocatus est, si uterque heredum decessisset, idest, sub duabus conditionibus conjunctim adscriptis.

Maxime adversari videtur L. *heredes mei*, §. *cum ita, ad Trebellian.* ubi duo filii heredes instituti sunt a patre, et fideicommissum ab illis relictum nepti, semel et una oratione, sub conditione, *si uterque filiorum sine liberis decesserit*: unus decessit relicto filio, alter decessit sine liberis. Secundum verba et ita secundum sententiam hujus legis dici debuit, nepti nihil deberi, quia uterque filiorum non decesserit sine liberis, quod conditio fideicommissi, et substitutionis exigebat. Nihilominus illic respondetur: neptem in partem novissimi filii sine liberis decedentis admitti. Sed ne hic quidem locus obstat. Nam Papinianus ibidem testatur, secundum verba conditionis, neptem admitti non debuisse, neque in partem, in quo aperte sententiam hujus rescripti confirmat: sed putat neptem in partem admitti propter voluntatem testatoris, quem verisimile sit in specie superiori voluisse ut neptis, vel utroque vel altero filio sine liberis mortuo admitteretur saltem in partem, et hanc voluntatem intelligi hic argumentis duobus. I. Quia duæ illis factæ sunt substitutiones: una qua frater superstes fratri substituitur, si prior frater sine liberis decederet. Altera substitutio, qua substituitur neptis, si uterque filiorum sine liberis decesserit. Prior substitutio defecit, quoniam frater priori loco decessit relictis liberis, ex quo consequitur, posteriori constitutioni ex substitutione avi locum esse debere. Deinde, si uterque fratrum sine liberis decessisset novissime, hereditatem totam haberet neptis. Consentaneum igitur est, si novissime filius decesserit sine liberis, neptem saltem ejus habere debere.

Ad L. ultim.

Imp. Justinianus A. Joanni *præfecto prætorio.*

Si quis duobus heredibus institutis filió suo impuberi eos una cum alio tertio substitueret, et verba testameti ita composuerit: *quisquis mihi heres erit, et Titius Filio meo heres est*: secundum quod apud Ulpianum invenimus. Mortuo impubere filio quærebatur, quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti: utrumne duo priores, qui et patri heredes fuerant scripti in dimidiam vocentur, tertius in reliquam dimidiam: an tres substituti, unusquisque ſex triente, ad substitutionem vocentur? Alia applicata dubitatione, si quis heredem ita scripserit, *Titius una cum filiis suis, et Sempronius heredes mihi sunto*, et in presenti enim specie quærebatur secundum Ulpianum, voluntas testantis utrumne Titium una cum filiis suis in dimidiam vocet, et Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem. Nobis autem in prima qui-dem specie videtur tres substitutos, unumquemque in trientem vocari: in secunda autem specie, cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur, dimidiam quidem partem Titio cum filiis suis, alteram autem partem Sempronio adsignari. Dat. VI. Kal. August. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIUM.

1. *Pluribus heredibus institutis, aut substitutis sive conjunctim, sive disjunctim, quæ partes inter eos faciendæ sunt.*

Quoties plures heredes instituti, aut substituti sunt, et quidam instituti conjunctim, alii disjunctim, et quæritur de parti-
1 bus hereditatis, † quæ inter eos faciendæ sint: ita veteres definiverunt, conjunctos unius personæ partem tantum ferre, idest, non plus accepturos, quam si una persona esset instituta, ut puta testator ita scripsit: *et primus et secundus heredes sunto, Sempronius heres esto.* Hic tantum duo semisses fient, ex quibus semper hic unum solidum capiet, alerum primus et secundus: ut sic ambo non plus capiant, quam si unus esset institutus, quod sunt conjunctim scripti. Regula hæc in legatis traditur in L. *plane, in pr. de leg.* 1. Valet non minus in institutionibus heredum: exempla sunt in L. *Attius L. interdum, in pr.* §. *ult. de hered. instit.*

Ut autem plures heredes coniunguntur particula, et aut similibus coniunctionibus, ut in exemplo subiecto: ita coniunguntur nomine appellativo et collectivo, vel plurali plures ejusdem generis homines sub se continente: utputa testator plures heredes scripsit, et duos deinde ita substituit filio suo impuberi: *heredes a me scripti et Sempronius filio heredes sunto.* Hic eædem partes fient, quæ supra, nempe semisses, ex quibus unum ferent heredes testatoris, alterum integrum Sempronius, *dict.* L. *interdum, in pr. de her. instit.* Hoc ideo, quia heredum nomen collectivum, et idem conjunctivum est, quo scilicet plures colligantur in unum corpus, et una ratione, idem confirmatur in L. *si quis in pr. de usufr. accres.* Hinc nata est dubitatio hujus conjunctionis, an idem dicendum sit, si testator filio impuberi ita substituerit heredem: *quisquis mihi heres erit*, et *Sempronius filio meo heredes sunto.* Non enim videtur referre, utrum testator dixerit, *omnes heredes mei*, an vero, *quisquis mihi heres erit.* Et Justinianus constituit non idem esse, sed si duo heredes testatoris fuerint, et his adjectus Sempronius: pro numero personarum, et capitum hereditatem impuberis dirigi. Itaque non duos semisses fieri, sed tres trientes, ex quibus singuli heredes unum ferant.

Re-

Recte Justinianus. Ratio enim differentiæ non est obscura, nam hæc oratio, *heredes mei*, collectiva est, et proinde conjunctiva: verbum autem *quisquis*, distributivum est, ac proinde disjunctivum. Cum enim testator dicit: *quisquis mihi heres erit*: perinde est, quasi ita dixisset: *sive hic mihi heres erit, sive ille, sive omnes, quos scripsi heredes et Sempronius, heredes sunto*; quam orationem totam esse disjunctivam apparet. Ex eo quæsitum est de hac forma, si testator impuberi filio ita substituit, *Titius et Sempronius cum heredibus meis filio meo impuberi heredes sunto*, an hic Sempronius, et heredes sint conjuncti in unum corpus, ac proinde unius personæ vice fungi debeant; ut sic hereditas dividatur in duos semisses, ex quibus unum capiat Titius, alterum Sempronius cum heredibus testatoris? Et placuit in hac oratione heredes non magis conjungi cum Sempronio, ac cum Titio, sed perinde habendum, quasi testator ita dixisset: *Titius et Sempronius et heredes mei filii heredes sunto.* Proinde hereditatem filii in tres trientes dividendam esse, ex quibus primum habeat Titius, alterum Sempronius, tertium heredes scripti. Quod diserte scriptum est in *d. L. si quis avo, in fin. de usufr. accres.*

Hinc altera dubitatio hujus constitutionis, an idem probandum in hac substitutione: *Filius cum filiis suis, ac Sempronius heredes sunto*; Et Justinianus constituit hic duas tantum esse partes faciendas, ex quibus una pars ad filium, cum filiis ejus, altera solida ad Sempronium referatur. Hic objicitur *d. L. si quis avo de usufru. accresc.* Respondeo: dissimiles esse species horum locorum. Nam hic filius nominatus est cum filiis suis, hic filii in unam orationem, et unum corpus conjunctim intelliguntur, non propter conditionem orationis, sed propter conditionem personarum. Nam filii cum patre conjuncti sunt, filii autem et patris una et eadem persona intelligitur, quæ ratio redditur in hac constitutione, qua satis admonemur, non idem etiam dicendum fuisse, si alii extranei cum Titio conjuncti essent: veluti si ita dictum esset, *Sempronius et Titius cum heredibus meis heredes sunto.*

AD TITU-

AD TITULUM XXVII.

COD. DE NECESSARIIS SERVIS HEREDIBUS INSTITUENDIS.

SUMMARIA.

1. *Servus proprius institui potest testamento a domino non aliter, quam cum libertate.*
2. *Domina adulterii cum servo commissi rea, eum heredem facere non potest.*
3. *Debitor, qui solvendo non est, heredem testamento servum instituere non potest.*
4. *Servus an sine libertate heres institui possit.*
5. *Liberti appellatio supponit manumissionem præcedentem.*
6. *Libertus quis sit.*
7. *Dominus si aliquid legaverit servo proprio, an legatum inutile sit, an vero valeat.*
8. *Quæ sint ex libertate tacite data ex Justiniani constit. consectaria.*
9. *Duo concurrere oportere ut servus fiat heres necessarius, et quæ sint.*
10. *Servum fieri necessarium heredem quid sit, et quam vim habeat.*

ETiam servus proprius testamento domini heres institui potest, ut dictum *ad tit. de hered. inst. tit. Instit. de hered inst.*
1 Sed is † non aliter, quam cum libertate, ut idem prius liber sit, deinde heres, quoniam non est testamenti factio, nisi cum civibus Romanis, L. 1. *ad* L. *Falcid.* Hujus rei argumentum est, quod si servus a domino prius institutus sit, et libertas ei data sit sub conditione: institutio heredis differtur in id tempus, quo libertas data est, L. 3. §. 1. *de her. inst.* Quod confirmatur in *L. ult. hic.* Quia ante eventum conditionis liber esse non potest, nec potest esse heres domino, nisi prius liber sit, idest, civis Romanus. Atque hinc etiam consequens erat, ut deficiente conditione libertatis, servus neque liber fieret, neque esset heres. Sed Justinianus hanc distinctionem adhibuit in *d. L. ult. infr.* ut siquidem servus liber esse jussus erit, sub ea conditione quæ in potestate ejus esset, neque ei paruisset, non sit liber, eoque nec heres. Sin libertas data sit, sub conditione aut casu alio, nihilominus deficiente conditione servus liber fiat, et heres, etiamsi hereditas solvendo non sit. Interim hoc manet, non prius servum heredem futurum, quam si liber erit, eadem de caussa, quos quis testamento non potest manumittere, eosdem nec heredes testamento potest instituere.

Hinc tria genera dominorum, qui servum proprium heredem instituere non possunt.
Domina adulterii † cum servo commissi rea, 2
eum servum heredem facere non potest, quia et liberum facere prohibetur, §. *est autem casus, Inst. de hered. inst.* Debitor, † qui 3
solvendo non est, heredem testamento servum instituere non potest, quia nec potest manumittere in fraudem creditorum, vetante L. Ælia Sentia, nisi unum instituat, qui ei heres sit solus et necessarius, *tit. Instit. quibus ex caus. man. in pr. tit. de hered. instit. in pr.* Quod etiam confirmatur in L. *is, qui infr. h. t.* Et hic tantum additur exceptio, nisi is, qui solus heres instituitur, sit aliis creditoribus pignori obligatus, *d.* L. *is, qui solvendo.* Et hoc tertium genus est eorum, qui servum manumittere non possunt; si qui servum pignori obligarunt, neque debitor, neque pignus alienando, neque manumittendo, neque legando, neque quovis alio facto deteriorem conditionem creditoris sui facere potest, L. *debitor. de pign.* Sed hoc ita, si modo servus obligatus sit specialiter: nam bonis generaliter tantum obligatis, licet domino etiam servum manumittere, ac proinde instituere, ut liber et heres fiat, *L. ab cod. inf. de serv. pig. dat. manumis. L. est differentia, D. quib. in caussis pig. tacite contrah.* Atque hæc omnia efficiuntur ex eo, quod nemo dominus ser-

vum

vum proprium instituere potest, nisi cum libertate, et post constitutiones Justiniani postremas.

4 Quid sibi vult † igitur, quod Justinianus
in *d. tit. de hered. instit. in pr.* ait; *Ex sua constitutione servum heredem institui posse etiam sine libertate?* nimirum hoc sentit, posse institui sine libertate nominatim adscripta. Hoc enim est, quod constituit præter jus, quod jus prius obtinebat: nam ita prius juris erat, ut servus proprius institui non posset, nisi aperte ei etiam testamento libertas data esset, et hoc secundum plurium sententias, ut ibidem dicitur: ex quo nata est dubitatio et responsum. L. *cum servi, infr. h. t.* Testator servus suos ita heredes instituerat: *Stichus et Pamphilus liberti mei heredes sunto,* neque adjecit, *et liberi sunto.* Quæsitum est, an institutio valeat? Resp. summo jure non valere, sed benigna interpretatione eam scripturam sic accipiendam, quasi testator heredes et liberos esse jusserit, sed hac ratione, quia instituit sub appella-
5 tione libertorum. Nam liberti † appellatio
supponit manumissionem præcedentem. Est
6 enim libertus is, † qui ex justa servitute
manumissus est. *tit. Inst. de libert.* Ex quo satis intelligitur, si sub hac appellatione heredes instituti non essent, heredes etiam futuros non fuisse, utpote inutili institutione constituta, cui libertas verbis adscripta non esset.

Sed Justinianus constituit, ut etsi servi sine libertate instituti sint, idest, libertate nominatim non adscripta, tamen libertas tacite data intelligatur, ut instituti simul liberi fiant, et heredes, quemadmodum veteribus placuit, ut si servus proprius tutor datus esset, libertate non adscripta, nihilominus et liber et tutor esset. Hoc Justinianus in *L. quidam in pr. et* §. 1. quia prius non obtinebat, merito scripsit, §. *idemque juris, Inst. quib. ex caussis manumitt.* se hoc constituisse nova ratione. Recte *nova*, quæ prius non obtinebat: et tamen non minus vere idem scribit *sub tit. de hered. instit.* se hoc non induxisse, ut novam sententiam, et nullis juris auctoribus ante probatam. Nova igitur constitutio est, si jus spectes, non nova sententia, si eo spectemus, quibus antea placuit.

Hoc autem jure posito consequens est, quo scribitur *in eadem L. quidam,* §. *sed cum vet. infr.* ut si testator servum testamento suo heredem instituerit, libertate non adscripta, deinde codicillis ei libertatem dederit, nihilominus is testamento, et liber sit, et heres. Ante constitutionem Justiniani institutionem non valere, quia codicillis hereditas dari non potest, §. *codicillis, Inst. eod.* eoque nec libertas, ex qua hereditas consequitur: sed hoc post constitutionem Justiniani non metuimus. Etsi enim etiam nunc frustra hereditas et libertas, per quam hereditas sequitur, codicillis detur, tamen codicillis libertatem datam in specie proposita nihil nocere. Nam etsi omnino libertas servo data non esset, nihilominus institutio valet ex superiori constitutione, tanquam libertate tacite data. Multo igitur magis valebit libertate codicillis data, etsi inutiliter data sit.

Per occasionem hujus constitutionis quæ-
situm est, an si † dominus aliquid legaverit 7
servo proprio, legatum inutile sit, quasi libertate non data, an vero legatum valeat, quasi per legatum libertas tacite data sit, ut in institutione servi supra fieri dictum? De hoc Justinianus cavit, ne idem jus exstet in legato, quod in institutione, ut si servo legatum datum sit non adscripta libertate, non ideo servus liber fiat, et tamen legatum ita valeat, ut præstetur servo hereditatis ratione, hoc in *d. L. quidam,* §. *sed cum vet.* vers. *illo etiam obs.* Sed cur non idem constituitur in legato, quod servo relictum est, quod constituitur in servi institutione, cum non magis jure civili servo heredi legatum dari possit, quam servus heres institui? Differentiæ ratio est, quia qui heredem instituit, sua caussa instituit, proinde qui heredem esse vult, ea etiam velle intelligitur, sine quibus heres esse non potest. At qui legat servo, servi caussa legat, et ideo non continuo velle intelligitur, ut liber fiat, quoniam potest testamentum non valere, ut nihil intersit testatoris. Huc accedit, quod servus heres esse non potest, nisi sit liber: at ex constitutione Justiniani etiam servo legatum præstari debet, quanvis liber non fiat. Proinde etiam post hanc constitutionem manebit id, quod dicitur in *L. si servi, infr. h. t.* ut si servo proprio aliquid legatum sit, libertate ei nominatim non adscripta, non eo magis fiat liber, quanvis legatum ei datum sit sub appellatione liberti, de quo dictum ad *L. ex his verbis, supr. de test. milit.*

Ex eadem constitutione † de libertate ta- 8
cita data sunt et alia consequentia, de quibus cavet Justinianus eadem *L. quidam.* In quibus est illud, ut si idem servus heres institutus sit a domino libertate non adscripta et idem legatus eodem testamento, is nihilominus liber sit et heres, et queniam non simul

simul potest esse liber et legatus, fit etiam ut inutile sit legatum, hoc *in pr. et* §. 1. Non obstat, quod dicitur in testamentis novissimam scripturam valere, L. 12. §. *ult. de Legat.* 1. hoc enim in libertate locum non habet. Nam si alicui libertas data sit, et idem sit legatus, ea scriptura valet, quæ tribuit libertatem, nisi manifeste appareat aliud sensisse testatorem, et hoc favore libertatis, *L. si pecul præleg.* §. *ult. de milit. testam.* Eodem pertinet L. *quod dicitur, cum seqq. D. de condit. et demonstr.* Sicut autem Justinianus voluit servum a domino institutum simul libertatem accepisse videri, proinde libertas legato prævalebit, unde eveniet, ut legato inutili instituto, servus et liber fiat et heres domino suo.

Ex eadem ratione consequens est, ut si idem servus pure legatus, sit et institutus heres sub conditione, legatum statim non sit inutile, sed expectari debeat eventus conditionis, sub qua servus heres instututus est. Id constituit Justinianus in eadem *L. quidam* §. *ult.* in hoc exemplo: Dominus servum legavit Titio, eundem servum secundis tabulis substituit filio suo impuberi heredem, si filius intra pubertatem decesserit. Veteres in hac specie ita statuebant, primum hunc servum liberum non esse, quia non esset heres institutus adscripta libertate. Hinc consequens erat, ut legatum servi valeat. Quod ad substitutionem attinebat, quidam putabant omnino hic non valere, quod subsitutus est servus proprius testatoris sine libertate. Alii putabant valere, quod cum servus legatus esset, videretur substitutus esse servus alienus. Ex quo consequens erat; ut legatarius, idemque dominus hujus servi legati efficetur heres ex persona, posteaquam jussu legatarii hereditatem adiisset. Justinianus omnia contra, utpote superiori suæ constitutioni consequentia. Nam primum ex constitutione servus heres institutus liber erit: hoc ipso, quod substitutus est libertate servo data, consequens est ut legatum servi sit inule, si modo conditio libertatis extiterit. Erat autem hæc conditio substitutionis et libertatis, si filius intra pubertatem decessisset. Proinde placet, expectari debere eventum hujus conditionis, ut siquidem filius impubes decedat, servus liber fiat et impuberi heres, legatario autem nihil debeatur. Si autem filius intra pubertatem non decessisset, tunc utiliter legatus servus intelligatur, ut qui neque liber factus sit, neque heres ex domini testamento.

Servus ita institutus a domino, ut dixi, ut sit liber † ita domino fit heres, ut sit idem necessarius, non voluntarius, idest, ita ut fiat heres, sive velit, sive nolit, §. 1. *Instit. de hered. qual. et differ.* Sed duo concurrere oportet, primo, ut sit a domino institutus, deinde, ut ex domini testamento utrumque consequatur et hereditatem et libertatem, §. *servus autem*, *Institut. de her. instit.* Primo a domino institutum esse oportet: hinc quæstio ejusmodi in L. 3. *h. t.* Tutor pupilli sui ancillam contubernio sibi junxit, et moriturus eam liberam esse jussit testamento, et quidem instituit. Quæsitum est, an sit tutori heres necessaria, et libera? Movet dubitationem, quod tutor pro domino habetur, *L. tutor*, *qui tutelam*, *de administr. tut.* Respondetur, ancillam non magis eo liberam futuram. Quod ad institutionem attinet, ipsa adire hereditatem potest, sed jussu pupilli sui domini, qui cum extraneus sit, voluntarius erit heres, non necessarius. Non obstat, quod tutor dicitur loco domini esse. Hoc enim sic temperatur, dummodo tutelam administret, non si pupillum spoliet, et privet suis bonis, ut fit cum servas impuberis manumittere vult, L. *qui fundum*, §. *si tutor*, *D. pro empt.*

Etiam alterum illud exigitur, ut servus, quem necessarium heredem esse volumus, non tantum consequatur hereditatem testamento domini, sed etiam libertatem. Quare si libertatem aliunde consequitur fit arbitrio suo heres, *d.* §. *servus autem*, *Inst. de hered. instit.* Hinc rursum nata dubitatio L. *cum quidam*, *h. t.* in specie hujusmodi: dominus servum suum testamento suo liberum esse jussit, et in secundis tabulis eundem servum filio suo impuberi substituit. Mortuo domino heredes testamento instituti heredes extiterunt, et eodem tempore servus liber factus est. Moritur deinde filius impubes, cui hic servus substitutus erat. Servus libertate quasi ex alio testamento accepta, quam ex testamento pupillari, non vult hereditatem adire. Quæritur, an fiat heres impuberi necessarius, nec ne? Movet dubitationem, quod ex eodem gradu, idest, eodem testamento pupillari servus non consequitur libertatem et hereditatem. Justinianus constituit, nihilominus servum impuberi necessarium heredem futurum, et recte, et secundum regulam suprascriptam traditam in *d.* §. *servum.* Nam testamentum patris et filii unum testamentum est patris, L. *patris et filii*, *de vulg. et pupill.* Quod si verum est, consequens est hunc servum tametsi ex primo gradu libertatem consequatur, ex secundo autem

he-

hereditatem, nihilominus vere dici utrumque accipere ex eodem testamento domini.

Quod dicitur, servum † necessarium heredem domino fieri, hanc vim habet, ut servus heres factus obligetur creditoribus hereditariis in solidum, sive sit hereditas solvendo, sive non sit, ut proinde si vendantur bona, dicantur bona servi venundari, non domini defuncti, L. *morte*, *de acquir. hered.* §. *ult. Inst. de her. qual.* Et ad hoc onus defugiendum nihil servo prodest, si minor erit annis. Nam adversus hanc necessitatem nulla est restitutio in integrum; L. *necessariis*, *in fin. de acquir. hered.* et merito. Quia restitutio lapsis datur, et aliquid gerentibus: non labitur autem, vel decipitur is, qui jure communi utitur, idest, utitur necessitate juris communis L. *ult. supr. de in integr. rest. min.* Et hoc sine exceptione verum est, quatenus patiuntur facultates patroni defuncti. Quod si servus post mortem patroni aliquid acquisierit, placet id non attingi, si modo separationem bonorum servus impetravit, quam impetrare potest, *d.* §. *ult. Instit. de her. qual. et diff.* L. 1. §. *ult. de separ. bon.* Verum hæc separatio sub conditione conceditur, si servus eam tunc petat, cum bona patroni nondum attigit, nam si se iis immisceat, sera petitio est, *d. L.* 1. §. *ult.* Sed hoc ita, nisi sit minor, qui hereditatem patroni attigit. Nam hic in integrum restitui potest, ut est in L. *ait prætor*, §. *non solum. de minor.* Quod sic accipiendum est, ut restitui possit, non ut non sit heres, quod nullo modo ei conceditur, *d.* L. *necessariis*, *in fin. de acquir. her.* sed ut possit impetrari separationem, quam rebus integris poterat, cum nondnm facto suo hereditati se obligasset.

AD TITU-

AD TITULUM XXVIII.

COD. DE LIBERIS PRÆTERITIS VEL EXHEREDATIS.

SUMMARIA.

1. *Tituli summa.*
2. *Liberi omnes aut heredes instituendi, aut exheredandi.*
3. *Particula* Omnes *quid in se contineat hic.*
4. *Liberi si non exheredantur, saltem ex aliqua parte instituendi sunt.*
5. *Liberi exheredandi sunt nominatim, et pure, et simpliciter.*
6. *Dictio* Nominatim *quid significet.*
7. *Filius simpliciter exheredatus utrum videatur ab omnibus gradibus exheredatus, an ab uno tantum, et si ab uno, a quo exheredatus intelligatur; quo in loco de hac re disputetur.*
8. *In caussis exheredationis quæ requirantur.*
9. *Præteriti testamento qui dicantur.*

IN his, quæ testamento caventur, quæ desiderantur ad vim testamenti; non tantum hoc est, ut quis heres instituatur testamento, sed præcipuum jus est in liberis exheredandis, vel instituendis, L. *inter*, *de lib. et post.* de quo agitur hoc tit. cujus est hæc
1 † summa: liberos omnes, quos quidem nemo gradu præcedit, aut heredes instituendos, aut exheredandos esse, neque institutos, neque exheredatos testamento, præteritos videri. Præteritionis hanc esse pœnam constitutam, ut testamentum factum a patre vel inutile sit, vel postulantibus iis, qui præteriti sunt, rescindatur. Hinc inscriptio *de liberis præteritis,* quia hic traditur, quæ sit pœna præteritionis: non dicitur de liberis institutis et exheredatis, sed utrumque eandem significationem habet. Nam qui dicit, præteritionis pœnam constitutam esse, hoc dicere intelligitur, liberos ad hanc pœnam evitandam instituendos, aut exheredandos esse. Adjicitur *de liberis exheredatis:* quoniam præcipue hic traditur, quando liberi sint exheredandi, et quibus de caussis. De institutis nihil adjicitur, quia quomodo instituendi sint liberi, dictum est in L. 4. *sup. de inst. et substit.* Hæc pluribus explicanda sunt, ut quæstio, et partes hujus tituli intelligantur.

Primum igitur de liberis ita statuendum
2 est. Liberi † omnes, qui modo pari conditione sunt, aut heredes instituendi, aut exheredandi sunt, §. *sed hoc idem*, *Inst. de exher. lib.* L. *maximum*, *inf. et Auth. non licet*,
3 *inf. h. t.* Dixi *omnes* † quia placet hoc jus ad omnes liberos pertinere. Primo sine exceptione sexus, ut non minus filiæ instituendæ sint, aut exheredandæ, quam filii. Item sine exceptione gradus, ut non minus instituendi, aut exheredandi sint nepotes, et deinceps reliqui liberi in infinitum, quam filii, L. *maximum, infr. h. t.* Postremo etiam sine exceptione potestatis: nam qui liberi in potestate sunt, instituendi sunt, aut exheredandi jure communi, *tot. tit. Inst. de exhered. lib. in princ.* Emancipati vero prætorio §. *emancipatos Inst. eod.* Reliqui, qui nunquam in potestate parentis fuerunt, ut sunt filii matris, aut aviæ, item nepotes avo materno, hi institui, aut exheredari debent eo jure, quo constitutum est de querela inofficiosi testamenti, §. *ult. Instit. eod.* Solum hoc exigitur, ut liberi sint primi gradus. Nam filio vivo non est, ut nepotes instituantur, aut exheredentur, de quo in L. 2. *infra.*

Non solum autem liberi institui, aut exheredari debent, sed certo modo, et certis legibus institui, aut exheredari jubentur; nam aut pure instituuntur, et tunc plana res est; aut sub conditione, et potest institutio sub conditione fieri, quæ sit in eorum potestate; sub alia conditione non potest, nisi sub contraria exheredentur, de quo in L. 4. *sup. de instit. et subst.* ubi dictum. His autem rebus observatis, nihil refert, quota ex parte liberi heredes sint instituti. Qui ex una unciola hereditatis heres est institutus, recte institutus est, ut testamentum valeat. Debet quidem filius legitimam partem habere, olim quar-

quartam, nunc trientem, ac semissem pro numero liberorum, L. *Papinianus*, §. *quoniam, de inoff. testament. Novell. de trient. et semiss.* §. 1. Sed qui ex aliqua parte institutus est, hanc portionem legitimam supplebit ex his, quæ ei testamento relicta erunt: si nihil relictum erit amplius, aut relictum ad legitimam portionem non sufficiat: constitutum est a Justiniano, ut institutione firma manente, agat filius ad supplementum reliquæ legitimæ, L. *omnimodo, inf. de inofficios. testam.*

4 Interim hoc † exigitur, ut liberi instituantur saltem aliqua ex parte, nisi exheredentur, quod diserte cautum est *Novell.* 12. *ut cum de appellat.* §. *aliud quoque capit.* Non obstat *Novella de triente et semisse*, §. 1. ubi dicitur, ad trientem suppleri omnia relicta, sive sint relicta jure institutionis, sive jure fideicommissi, legati, aut donationis caussa. Nam iis verbis non cavetur de iis, quæ desiderantur ad vim institutionis, sed de iis, quæ in legitima portione imputantur. Fatemur omnia relicta imputari, sed dummodo supponatur prius testamentum valere. Cognoscimus autem ex alia ejusdem Justiniani constitutione, non valere testamentum, nisi aliqua ex parte liberi instituti sint. Sunt igitur instituendi etiam, quanvis priori illa *Novella de triente*, nominatim scriptum esset, licere parenti totam legitimam partem implere filio legatis, et fideicommissis: tamen cum *Novella, ut cum de app. cognosc.* posterior sit, priori derogat. Per posteriorem intelligimus, si quis liberos instituere non vult, potestas est exheredandi, quod quibus verbis recte fiat, dicitur L. 3. *infr.*

Sunt autem exheredandi certa ratione et modo, partim in forma exheredandi, partim in exheredationis caussis. In forma exheredationis hæc observanda sunt. Debent † liberi exheredari nominatim, quod jus porrectum est constitutione Justiniani et ad filios, et ad nepotes, L. *maximum*, *h. tit.* Nominatim
5
6 † non significat, nomine filii appellato, sed filio aliquo signo, aut aliqua demonstratione ita designato, ut intelligatur, de quo testator sentiat, quod declaratur in L. 1. 2. et 3. *in princ. D. h. t. et in* §. *nominatim*, *Inst. de exhered. lib.* Debent præterea exheredari pure, non sub conditione, quoniam certo judicio exheredandi sunt, L. 3. §. *pure*, *de eod.* Et hoc ideo, quia si sub conditione exheredati sint, contraria conditione instituuntur, *d.* L. 4. *sup. de de inst. et subst.* Debent exheredari simpliciter hoc modo: *Filius meus exheres esto*, aut si quid adjicitur, debent exheredari ex hereditate, non autem ex re certa, utpote hæc exheredatio inutilis est: *Titius meus ex rebus Italicis exheres esto.* L. cum quidam, *D. eod.*

Obstabat huic sententiæ, quod receptum est filios ex re certa, puta ex fundo recte institui: quod, ut institutio valeat, perinde accipitur, quasi institutus esset, detracta fundi mentione, *L.* 1. §. *si ex fundo*, *de hered. instit.* Respondeo: sciendum in *d.* L. *cum quidam*, hanc institutionem recipi, non summo jure, sed quia benigne interpretamur institutionem, quasi fundi mentio non esset adjecta. Hæc benignitas, et hereditatis interpretatio non est admittenda in exheredatione: est enim exheredatio res odiosa, quæ interpretatione adjuvanda non est.

Postremo debent liberi ab omnibus heredibus, et ab omni gradu heredum exheredari, idest, tam ab institutis, quam a substitutis, si forte testator plures gradus heredum in testamento fecerit: si ab uno tantum ex heredibus institutis filius exheredatus sit, inutiliter exheredatur, L. 3. §. *filius*, *D. eod.* Si ab uno aliquo gradu exheredatur, is gradus valet solus, is non valet, a quo est præteritus L. 14. *si postumus*, §. *quod enim vulgo*, *D. eod.* Hinc quæsitum, † cum fi- 7
lius simpliciter exheredatus est, utrum videatur ab omnibus gradibus exheredatus, an ab uno tantum, et si ab uno, a quo intelligatur exheredatus? Quæstio est *L.* 1. *infr. h. t.* ubi explicabitur.

In caussis exheredationis † hoc jus est, ut 8
non nisi meritis de caussis liberi exheredentur, quæ caussæ, quot, et quales sint, et quid in iis observandum videatur, quod dicetur *Auth. non licet*, *infr. h. tit.* Si autem omnino instituti liberi non sunt, aut non exheredati, aut sunt quidem vel instituti, vel exheredati, sed non ut oportet, hi sunt, † quos præteritos testamento dicimus, §. 9
eadem, *Inst. de hered. quæ ab intestato.* Præteritioni pœna constituta est, sed varia, prout sunt liberi, de quo dicitur partim in *Auth. ex caussa*, partim in *Auth. non licet*, *infr. h. tit.*

Ad. L.

Ad L. Cum post omnes. 1.

Imp. Antoninus A. Faviano.

Cum post omnes heredum gradus exheredatio scribitur, si adjiciat testator ab omnibus se gradibus exheredare: non dubitatur juri satisfactum esse. Et ideo etiam si id non adjiciatur, appareat tamen eum id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret: recte factum testamentum videtur. Proinde cum paterfamilias filiis institutis et invicem substitutis, filium exheredaverit, intelligendus est exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam cum iidem heredes instituti sunt: nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse. PP. VI. Kal. Jul. Chilone et Libone Coss.

SUMMARIA.

1. *Filius exheredatus a patre vel ab omnibus heredum gradibus, vel ab uno tantum gradu aut herede intelligitur exheredatus, a quibus vel a quo expresse testator exheredatum voluit, et quid si eum simpliciter exheredavit.*
2. *Filius quando dicatur exheredari inter medias heredum institutiones.*
3. *Filio post omnes gradus exheredato, quid juris sit.*
4. *Filius inter duos gradus exheredatus, ab utroque gradu intelligitur exheredatus.*
5. *Filius exheredatus inter medias heredum insitutiones, a toto gradu exheredatus videtur.*

A Quo gradu filius præteritus est, is gradus non valet. Regula est juris, tradita in L. *si postum.* §. *quod vulgo*, *D. eod.* Hinc quæstio, cum filius exheredatus est a patre, utrum ab omnibus heredum gradibus institutorum et substitutorum intelligatur esse exheredatus, an ab uno tantum? Hæc quæstio dicetur partim hoc loco, partim L. 3. *filius*, *usque ad fin. D. eod.* Ex qui-
1 bus conjunctis locis hæc sententia † efficitur de ea quæstione. Si testator expressit, a quibus gradibus, quibusve heredibus vellet filium exheredatum esse, voluntas servanda est. Itaque si nominatim filium exheredavit ab omnibus gradibus, is ab omnibus exheredatus est, ut hic respondetur *in pr.* Qua ratione si dixit se ab uno gradu exheredare, ab eo solo gradu filius exheredatus est. Similiter et si dixit, se ab uno herede exheredare, ab eo solo exheredatus filius intelligitur, quo casu exheredatio plane nullius est momenti, *d.* L. 3. §. *filius.* Quod si testator simpliciter filium exheredavit, hic sequimur quod verisimile est sensisse testatorem. Quod autem hic senserit, de eo varie statuitur pro loco, quo exheredatio est scripta. Est autem varietas hæc scripturæ in eo. Nam aut filius exheredatur ante heredis institutionem, aut post omnes gradus, aut inter duos gradus, aut in uno gradu inter medias heredum institutiones.

Quid sit ante heredis institutionem, quid sit post omnes gradus, quid sit inter duos gradus, notum est. Inter † medias autem 2
heredum institutiones dicitur filius exheredari, cum pluribus heredibus institutis, inter eorum institutionem exheredatio filii interjicitur hoc modo: *Primus et secundus heredes sunto. Filius meus exheres esto*, *tertius et quartus heredes sunto.* Igitur si filius ante heredis institutionem exheredatur, ab omnibus gradibus exheredatus intelligitur, *d.* L. 3. §. *ante hered.* Quia hoc consilio exheredatio in capite testamenti posita est, ut ad totum testamentum pertineret, posita est enim fundandi testamenti caussa. Si † 3
post omnes gradus filius exheredatus sit, casus est hujus rescripti, de quo ita respondetur: filium hoc casu ab omnibus gradibus, idest, tam a substitutis, quam institutis exheredatum videri, si iidem instituti sint, qui et substituti, quod contingit, cum te-

stator quos heredes prius instituerat, eosdem postea invicem substituit. Et merito hoc casu exheredatio ad utrumque gradum pertinet. Nam constat eam pertinere etiam ad proximum gradum substitutorum. Non potest autem a substitutis filius exheredari in hac specie, quin ab institutis exheredetur, qui iidem erant instituti, qui et substituti sunt.

Ex hac conditione liquet, non idem probandum esse, si alii substituti sint, quam prius instituti erant: proinde filium extremo loco exheredatum, solum a substitutis exheredatum videri, non item ab institutis, argumento certissimo ducto per contrarium, *arg. L. 1. D. de offic. ejus, cui mand. est jur.* Idque etiam intelligitur ex ratione, quam tradidimus supra, quæ in institutis, et invicem substitutis locum solum habet, cessat autem in substitutis, qui non sunt instituti. Proinde etiam huic juri locum non esse dicemus, argumento L. *quod dictum, de pact.*

4 Si † inter duos gradus filius exheredatus est, ab utroque gradu exheredatus intelligitur, *d.* L. 3. §. *ante heredis*, idque omnino consequens est superioribus. Nam secundum ea, quæ dixi, exheredatio subjecta ad proximum præcedentem gradum, præposita ad omnes sequentes pertinet. Idem placuit, si testator ita exheredavit filium inter duos gradus, ut gradus misceret, seu ut gradibus misceret exeredationem, quod ita fit, cum duobus heredibus institutis, et in unius locum substitutione facta, filium exheredat, deinde in alterius heredis locum alium substituit, hoc modo: *Primus et secundus heredes sunto, si primus heres non erit, tertius heres esto, filius exheres esto, si secundus heres non erit, quartus heres esto*, hoc in *d.* L. 3. §. *in eo.*

5 Quod † si testator filium exheredarit inter medias heredum institutiones, placet filium a toto gradu exheredatum videri, idest, ab omnibus heredibus institutis, tam qui scripti sunt ante exheredationem, quam qui postea, *d. L.* 3. §. *filius.* Idque etiam plane his consequens, quæ dixi de exheredatione inter duos gradus interjecta, ut scilicet exheredatio tam ad præcedentem, quam ad sequentem gradum pertineat. Quod de pluribus gradibus dicitur, id nunc dicimus in pluribus personis. Verba autem Ulpiani in hac re expendenda sunt. Non dicit hoc casu filium exheredatum ab omni gradu, ut intelligeremus non esse exheredatum a substitutis, sed ab institutis tantum, in quorum institutione inclusa est exheredatio. Sed dixit *a toto gradu*, ut intelligeremus, non a proximis tantum heredibus institutis exheredatum esse, sed ab omnibus etiam remotis, qui eo gradu instituti sunt. Optima ratione, quia non potest exheredatio casu hoc valere, nisi intelligatur ab omnibus heredibus institutis facta esse. Nam si fingamus, ab uno aliquo herede filium esse præteritum, totus is gradus non valet, *d.* L. 3. §. *filius.*

Ad L. Si avus. 2.

Imp. Alexander A. Heraclidæ.

Si avus tuus, qui patrem tuum et novercam æquis portionibus heredes instituit, cum te quoque haberet in potestate, testamento nominatim non exheredavit: mortuo patre tuo vivo avo, sine impedimento legis Vellejæ succedendo in patris tui locum, rupisti avi testamentum, et ad te hereditas ejus tota pertinuit. PP. VI. Id. Apr. Fusco. II. et Dextro CC.

SUMMARIA.

1. *Si quis filium habet, et ex eo nepotem, aut generaliter liberos plurium et diversorum graduum, an omnes instituere, aut exheredare teneatur, an sufficiat, si eum, qui primo gradu est, instituat, aut exheredet.*

2. *Verba hujus legis,* sine impedimento legis Vellejæ rupisti testamentum, *examinantur.*

1 SI quis † filium habet, et ex filio nepotem, utrumque in potestate; et generaliter si quis liberos diversorum graduum habet, idque plurium: non necesse habet omnes heredes instituere, aut exheredare; satis est filium, et eum, qui primo est gradu, heredem instituat, aut nominatim exheredet. Nepos præteritus non infirmat testamentum, quamdiu filius, qui præcedit, vivat, et ideo a principio statim testamentum valet, §. *postumorum*, *Inst. de exher. lib.* Et si filius moriente avo vivet, nunquam postea nepos, quanvis præteritus scriptis obstat heredibus, sive filius exstiterit avo heres institutus, ut ex hoc rescripto colligitur, sive non exstiterit heres, utpote a patre exheredatus, *L. si quis postumos*, §. *si filium, D. eod. L.* 6. *de injusto, rupto.* Idque adeo verum est, ut quanvis filius exheredatus decesserit deliberantibus heredibus de adeunda hereditate, atque ita desierit filius obstare nepoti: tamen non eo magis nepos obstet heredibus, ut declaratur suprascriptis locis duobus.

Optima ratione, quia spectamus tempus mortis testatoris, ut testamentum exitum habeat, quo tempore non fuit necesse nepotem heredem institui, aut exheredari, cum eum filius præcederet, *L. si alienum*, §. 1. *de hered. instit.* §. *in extraneis, Inst. de hered. qual. et differ.* Sed propter periculum rumpendi recte faciet avus, si filio instituto, aut exheredato, nepotem quoque instituet, aut exheredabit. Nam fieri potest, ut filius vivo avo moriatur: quod si contingat, lege Velleja constitutum est, ut nepos in sui heredis deficientis locum suus heres succedat, et simul ut tanquam agnatione heredis rumpat testamentum, nisi sit institutus, aut exheredatus, quod in proposita specie hujus loci accidit, §. *postumorum*, *Inst. de exhered. liber.* L. *postumorum*, *de injust. rupt.* Sed notandum est, quod in hac † lege subjicitur: *nepotem (præteritum videlicet) rumpere testamentum sine impedimento legis Vellejæ.* Non potest dici rumpi testamentum sine impedimento legis Vellejæ, nisi lex Velleja aut impediet, aut rumpat, aut impedire videatur. Atqui tantum abest, ut videatur impedire, ut eadem ipsa lege dicatur rumpi testamentum, si nepos, qui suus heres factus est, vivo avo non sit institutus, aut exheredatus, *d.* §. *postumorum.* Et intelligendum est, utrumque recte dici, legem Vellejam velle, ut hic nepos præteritus rumpat testamentum, et rursum videri legem impedire, ne rumpat. Nam ut colligere licet *ex* L. *Gallus*, §. *ille casus*, vers. *denique*, *D. eod.* posteriore parte legis Vellejæ cautum erat, ut si liberi, qui gradu præcedunt, sui heredes esse desierint vivo avo, tunc nepos in suorum heredum deficientium locum suus heres succedat. Adjecit lex in eadem parte, *ne ob eam successionem eo minus ratum sit testamentum*, et hoc est, quod ait Scævola *in d.* §. legem Vellejam in hac posteriori parte vetare testamentum rumpi, propter successionem superiorum. Itaque 2

que hactenus lex videtur impedire, ne nepotes rumpant testamentum. Sed eadem parte legis Vellejæ hæc conditio adjicitur: *Si modo nepos institutus, aut exheredatus erit.* Unde intelligitur, si institutus, aut exheredatus non erit, tunc sine impedimento hujus partis nepotem rupturum testamentum avi, sive testamento hereditatem accipiendo, sive impediendo, quod lex impedire videatur, ne rumperetur testamentum, re autem vera non impediebat.

Ad L. Si quis. 3.

Imp. Justinianus A. Joanni PP.

Si quis Filium proprium ita exheredaverit: *Ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat*: talis filius ex hujusmodi verborum conceptione non præteritus, sed exheredatus intelligitur. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris: verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat. Dat. X. Kalend. Mart. Constantin. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Formula institutionis et exheredationis veteribus usitata.*
2. *An mutata formula exheredationis valeat exheredatio.*

1 Quemadmodum † institutionis formula vetus hæc erat, *Titius heres esto*, Titul. *de vulg. Institut. h. t.* sic exheredationis formula hæc erat, *Filius exheres esto*: §. nominatim, *et* §. *seq. Institut. de exheredat. liberor.* L. 3. §. *in eo, D. de liber. et postum.* Formulam institutionis si quis aliis verbis conciperet, dummodo idem sensus esset: recipiebatur institutio olim, citra controversiam, ut si testator ita dixisset: *Titius hereditatis meæ dominus esto*, L. his
2 verbis, *in pr. de hered. institut.* Sed † non idem placebat de formula exheredationis, veluti si quis ita filium exheredasset: *Filius meus ab hereditate mea alienus fiat*, quæ conceptio hoc loco proponitur. Verisimile est dubitasse veteres, an exheredatio hæc valeret? Neque ad rem pertinere exemplum institutionis. Quoniam, ut est in L. *cum quidam, de lib. et post* institutiones, ut beneficia, benigne accipiuntur, exheredationes, ut odiosæ, non sunt adjuvandæ interpretatione.

Hanc dubitationem sustulit Justinianus hoc loco, et constituit, quibuscunque verbis filius removeatur ab hereditate patris scriptura testamenti, satisfactum esse juri. Et generaliter definit, ubi sententia testatoris manifesta est, nunquam interpretationem verborum, idest, orationem, quæ aliis verbis formulam usitatam interpretatur, nunquam, inquam, hanc orationem tantum valere posse, ut potior sit sententia testatoris, ubi verborum interpretatio significat verborum sensum, ut interpretatur Accursius. Alioqui hic esset sensus: nunquam sensum verborum tantum posse, ut sit potior sensu: quod est ridiculum et absurdum.

Hoc loco non male opponitur L. *si alii, D. de usufr. leg.* ubi si testator legaverit fundum Tusculanum uni, et usufructum ejus alii: placet utrumque in usumfructum concurrere, quia fundi appellatione et ususfructus et proprietas contineatur, secundum vim et significationem verbi. Idque ita esse placet, quanvis errore testator aliud existimaverit, ut sic pluris scriptura valeat, quam id, quod sensit testator. Bene respondetur vulgo, *L. si alii*, loqui de eo testatore, qui erret quidem, sed non constet, an velit ita esse, ut existimat. Hæc inquam recte. Nam si testator declarasset, se fundum legando, non amplius legare velle, quam fundi proprietatem, nemo dubitaret, quin ejus voluntas servanda esset. Nemo dicere intelligitur, quod non sentit, etiamsi verbo exprimat, L. 3. *de reb. dub.* Huc pertinet generale illud, voluntatem in testamentis dominari, nec præter voluntatem quidquam ratum esse, *L.* 12. *de leg.* 1. L. *ex pacto*, §. *rerum, de hered. instit.*

Ad L.

Ad L. Maximum vitium. 4.

Imp. Justinian. A. Joanni PP.

Maximum vitium antiquæ subtilitatis præsenti lege corrigimus, quæ putavit alia esse jura observanda in successione parentum, si ex testamento veniant, in masculis, et alia in fœminis, cum ab intestato simile (jus) utrique sexui servaverint. Et aliis verbis exheredari filium debere sanxerunt, aliis filiam: et inter nepotes exheredandos alia jura civilia, alia prætoria introduxerunt, et si præteritus fuerat filius vel ipso jure testamentum evertebat, vel contra tabulas bonorum possessionem in totum accipiebat. Filia autem præterita jus accrescendi ex jure vetere accipiebat, ut eodem momento et testamentum patris quodammodo ex parte jure accrescendi everteret, et ipsa quasi scripta legatis supponeretur: ex prætore autem habebat contra tabulas bonorum possessionem in totum. Constitutio autem magni Antonini eam in tantum coarctabat, in quantum jus accrescendi competebat. Qui enim tales differentias inducunt, quasi naturæ accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant. Nam hoc corrigentes, majorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissime visi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et filiam, et alios omnes inter cæteros exheredatos scribere esse concessum. (Tum etiam) centumviri aliam differentiam introduxerunt: et ex hac iniquitate vitium emersit, quale ex libris Ulpiani quos ad edictum prætoris fecit, inventum a Tribuniano viro gloriosissimo nostro quæstore cæterisque viris facundissimis compositoribus juris enucleati, ad nostras aures relatum est. Nam cum ultimum adjutorium de inofficiosi querela positum esset, et nemo ex alio ortus præsidio ad hanc decurrere posset: inventa fuerat filia præterita minus habens, quam filia exheredata. Cum enim per contra tabulas bonorum possessionem, vel jus accrescendi semissem substantiæ filia præterita accipiebat, et omnibus legata præstare compellebatur, scilicet usque ad dodrantem suæ portionis: remanebat ei sescuncia tantummodo in sua successione. Quod si fuisset exheredata: quarta pars omnimodo totius substantiæ ei relinqui debebat, et quam injuria dignam pater existimabat, amplius habebat ea quam taciturnitate in institutione præteriit, etsi secundum nostræ constitutionis definitionem, quam de supplemento quadrantis disposuimus, repletio fuerat intruducta: simili modo exheredatæ in quartam partem repletio accedebat, et ita vitium permansit, ut nec ex nostra constitutione emendationem aliquam sentiret. Sancimus itaque quemadmodum in successionibus parentum quæ ab intestato deferuntur, æqua lance et mares et fœminæ vocantur: ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes nominatim procedere, et contra tabulas bonorum possesionem talem habere, qualem filius vel suus vel emancipatus haberet: ut et ipsa si fuerit præterita, ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso jure evertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur. Et hæc non solum in filiabus obtinere, sed etiam in nepotibus et neptibus, et deinceps observari censemus, si tamen ex masculis progeniti sunt. Sed quia et aliud vitium fuerat sub obtentu differentiæ introductum, et alia jura exheredationis in postumis, alia in jam natis observabantur: cum necesse fuerat postumam inter cæteros exheredatam etiam legato honorari, filiam autem jam progenitam etiam sine datione legati: et hoc brevissimo incremento verborum

ad

ad plenissimam definitionem deduximus, sancientes eadem jura obtinere et in postumis exheredandis, sive masculini, sive fœminini sexus sint quæ in filiis et filiabus jam statuimus: ut etiam ipsi vel ipsæ nominatim exheredentur, idest postumi vel postumæ facta mentione. Dat. Kal. Sept. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Differentia filiorum et filiarum, nepotum et filiorum, item postumorum et jam natorum, in materia institutionis et exheredationis olim quæ fuerit et quomodo a Justiniano sublata et n. 2.*
3. *Effectus liberorum ad infirmanda testamenta quis et quomodo accipiendus.*

1 CUM † de liberis instituendis, aut exheredandis agitur, alia erat conditio filiæ, quam filiorum: nepotis, quam filii; postumi, quam jam nati. Nam filias non erat necesse instituere, aut exheredare, ut filios. Illis præteritis valebat testamentum, sed accrescebat heredibus scriptis, fratribus quidem pro rata portione, extraneis autem scriptis heredibus pro semisse, quem semissem illis auferebant, Theophilus §. 1. *Institut. de exhered. liber.* Quod si filiæ exheredabantur, non erat necesse exheredari nominatim, ut filios, sed poterant inter cæteros exheredari, utputa, *primus et secundus heredes mihi sunto, cæteri exheredes sunto.* Hoc verbo *cæterorum* intelligebantur contineri filiæ, si quas haberet testator, §. 1. *Instit. de exher. lib.* Eadem nepotum erat conditio, quæ filiarum, si modo nepotes vivi essent, et nemo eos gradu præcederet, ut est *in eod.* §. 1. *de exhered. liber.* Postumorum hæc erat conditio, ut sive masculi essent, sive fœminæ, pariter institui, aut exheredari deberent. Sed hoc intererat in exheredatione, quod masculi nominatim exheredandi erant, fœminas licebat exheredare inter cæteros, dummodo eis aliquid relinqueretur testamento, ne præteriti viderentur per oblivionem, §. *postumi, Institut. de exher. liber.*

2 Justinianus † hic constitutione superiore differentia sublata, exæquavit fœminas masculis, nepotes filiis, postumos jam natis. Et constituit, ut pariter omnes institui debeant aut exheredari, et si exheredentur, ut exheredentur nominatim omnes: si aliter factum sit, cavet, ut omnes liberi eundem effectum habeant ad testamenta parentum infirmanda, quem habent filii, tam sui, quam emancipati. Differentiæ, quasi dixi, exponentur in *tit. de exhered. liber.* §. 1. *et seqq.* Summa autem hujus constitutionis comprehensa est in §. *sed hæc quidem instit. eod. tit.* Notandum est, quod Justinianus dicit de eo effectu, quem vult liberos habere ad infirmanda testamenta. Is † autem erat, ut si filii præ- 3
teriti in potestate essent, testamentum jam a principio nullius esset momenti: sin liberi essent emancipati, ut testamentum jure valeret, sed rescinderetur bonorum possessione contra tabulas petita, §. *emancipatos Institut. de exhered. liber.* Justinianus intelligit, præteritis filiabus, præteritis item nepotibus idem juris futurum, ut si in potestate fuerint filia, vel nepotes, testamentum nullius sit momenti. Sin autem emancipati erunt, habeant bonorum possessionem contra tabulas. Quod de liberis vivis accipiendum est: nam postumis præteritis, non infirmatur testamentum, nisi iis natis. Quod et in fœminis et nepotibus postumis eodem modo observandum est.

Authent.

Authent. *Non licet.*

Non licet parenti aliquem ex liberis exheredare, vel præterire, nisi is probetur ingratus, et ingraditudinis caussas nominatim inserat testamento. Caussæ vero ingratitudinis nova constitutione expressæ sunt quatuordecim.

Authent. *Ex caussa.*

Ex caussa exheredationis, vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones, cætera namque firma permanent.

SUMMARIA.

1. *Sententia harum authenticarum tribus capitibus comprehensa, et quibus.*
2. *Liberos omnes instituendos, aut exheredandos sine discrimine sexus, potestatis, ætatis. His præteritis non esse impune.*
3. *Liberos non solum rite, idest, nominatim, pure, et ab omni gradu exheredandos: sed hoc amplius ex constitutione Novella, ex justa caussa ea constitutione comprehensa, et ea adscripta testamento, et ab herede probata.*
4. *Præteritionis liberorum pœnam quadruplicem esse jure vetere pro qualitate et differentia liberorum constitutam; et quæ sit.*
5. *Præteritionis pœnam et nunc eandem esse, neque in eo jus vetus constitutione Novella emendari: et quanti referat id nosse.*
6. *Exheredatis rite liberis solam fuisse olim propositam querelam inofficiosi testamenti: et nunc quoque esse post Novellam Justiniani, quanvis nulla caussa exheredationis adscripta sit testamento, aut non justa.*
7. *Recte hic dictum, non solum ex caussa exheredationis, sed etiam præteritionis rescissa institutione cætera testamenti firma manere.*
8. *Hac constitutione sublata essse omnia jura vetera, quibus placebat institutione heredis sublata, nihil ex testamento deberi.*
9. *Præteritis liberis, quos testator se habere ignoravit, unum argumentum esse, quo disputari possit, una cum institutione heredis cætera testamenti everti: sed verius esse etiam hoc casu institutione rescissa cætera eo testamento relicta valere.*
10. *Herede ex re certa instituto, si præteriti sint liberi, aut immerito exheredati; sic rescindi institutionem, ut res certa heredi relicta ei debeatur ex hac constitutione.*
11. *Ex caussa præteritionis, vel exheredationis legata ab herede instituto hodie valere: at non item, si quæ relicta sunt a filio præterito, vel exheredato.*
12. *Ex caussa præteritionis, vel exheredationis quanvis rescindatur institutio, tamen legata, quæ hodie præstantur, ex testamento peti, et valere.*

1 HIS † fragmentis duobus tria constituuntur. Primum, liberos omnes heredes esse instituendos, aut exheredandos. Alterum si exheredentur, certis cautionibus exheredari debere, quæ hic comprehensæ sunt Tertium, liberis præteritis, aut non ita exheredatis, uti supra comprehensum est, quæ sit præteritionis, aut exheredationis pœna. Duo priora comprehensa sunt in *auth. non licet.* Tertium
2 in *auth. ex caussa.* Principio † lex ait, non licere parentibus liberos præterire. Constituit eam sententiam, quam alibi explicatius positam legimus, liberos omnes instituendos esse, aut exheredandos: alioqui fore, ut testamentum non valeat. L. *antepenult- D. eod. tit. Inst. de exher. lib. in prin.* Nam præterire est, neque heredes instituere, neque exheredare, etiamsi quid maxime liberis testamento legetur. §. *eadem, Instit. de hered. quæ ab intestat. defer.* Ex quo intelligitur, quantunvis aliquid legetur liberis, tamen si instituti, aut exheredati non sunt, pœnam præteritionis fore eam, quæ hic constituta est, ut apertius intelligitur ex Novell. *ut*

cum

cum de appellat. cognosc. §. *aliud quoque capitulum*, unde *authent. non licet*, sumpta est. De omnibus liberis lex scripta est, sive sint in potestate, sive non sint, sive primi gradus, sive sequentium in infinitum, sive masculi, sive fœminæ, ut plenius comprehensum est in *d.* § *aliud quoque capitulum.* Quo magis confirmatur *L. maximum, supr. hoc tit.*

3 Alterum † caput pertinet ad exheredationem liberorum, docetque, quid hic servari oporteat. Diximus alibi, et ita habet, in exheredatione, ut valeat, duo spectari. Primum, ut quis rite exheredetur, deinde, ut justis de caussis. Rite, idest, ut nominatim, ut pure, ut ab omnibus gradibus, et tota hereditate exheredetur, de quibus alias, nihil enim nunc ista ad hunc locum. Ut autem justis de caussis liberi exheredentur, etiam jus antiquum est, neque aliter ab hereditate eos summovere licuit, *L. ult. D. de bon. dam.* Nihil hic mutat Novella constitutio, unde sunt hæc fragmenta. Sed plus de his Justinianus exegit, quam jure vetere cavebatur: in quo jus ab alio constitutum est novum. Quæ amplius exigit, tria sunt. Tot enim erant, de quibus olim non erat necesse testatorem esse solicitum, ut exheredatio consisteret. Primum non erat necesse filium exheredare ex aliqua caussa, quæ nominatim legibus comprehensa esset, sed caussæ exheredationis erant in arbitrio et æstimatione judicum, nec ullo certo jure continebantur. Unde illa veritas judiciorum de rescindendis testamentis, quam ostendit Valerius Maximus, *lib.* 7. *c.* 8. *de testamentis rescissis.* Præterea si qua esset justa caussa exheredandi, satis erat hanc allegari postea ab herede scripto: non erat necesse adscribi nominatim a testatore. Unde querela de inofficioso testamento, idest, de eo quod filius nulla de caussa merito esset exheredatus, non autem, quod exheredatus esset caussa non adscripta. Postremo caussa exheredationis adscripta a parente, non erat necesse heredi hanc probare, sed injungebatur liberis necessitas, ut se purgarent, et docerent se semper in officio, et obsequio parenti debito mansisse, *L. liberi, sup. de inoff. test.* De his, inquam, tribus jus novum constituitur superiore lege. Primum non posse liberos exheredari, nisi justis de caussis, et iis, quæ nominatim ea lege comprehensæ sunt a Justiniano. Hæc autem sunt quatuordecim, numero et ordine expositæ in *d.* §. 1. *aliud quoque capitulum, et seq.* Exigit amplius lex ibidem, ut caussa justa nominatim adscribatur testamento, ut intelligimus quanvis justa caussa exheredationis fuerit, et paratus sit heres hanc probare, tamen hanc non nocere, ubi testamento prætermissa est. Tertio loco exigit Justinianus, ut caussa quæcunque adscripta erit, probetur ab herede, non probata nihil noceat liberis, quantumvis de innocentia sua nihil docere velint. Duo hæc posteriora in *ead. Nov.* §. *sive igitur.*

Hoc jure de caussis constituto, si adversus ea factum erit, sequitur præteritionis et exheredationis pœna: de qua et ipsa aliquid novi juris hic constitutum est, estque id tertium caput ex iis, quæ his fragmentis contineri proposuimus. Est autem hæc pœna, ut si liberi præteriti sint, aut non exheredati secundum formam præscriptam, testamentum sit irritum, quod ad institutiones attinet: cætera firma permaneant, sic verba sunt *authen. ex caussa*, quæ deinceps expendemus. Apparet autem in his de jure constituto duas esse quæstiones. Unam, quomodo testamentum hic irritum interpretemur. Alteram, quatenus. Et cum quæritur, quomodo testamentum irritum sit, sive non valeat, hoc quæritur, utrum ex caussa præteritionis, vel exheredationis, ubi forma suprascripta servata non est, testamentum a principio nullum sit, an vero valeat, sed postea rescindatur, vel bonorum possessione contra tabulas petita, vel querela inofficiosi testamenti perlata. Hoc quæritur maxime propter liberos, qui non sunt in potestate testatoris, et id jus, quod ante hanc constitutionem Justiniani de his personis in hoc genere obtinuit. Quæritur enim, an id jus maneat etiam post hanc constitutionem, an vero hac constitutione emendetur, ut in his quoque liberis ex suprascriptis caussis testamentum nullum sit. Et quoniam jus vetus manere putamus, de eo prius dicemus, ac primum, quod jus fuerit vetus liberis præteritis ad testamentum infirmandum: deinde, quod liberis exheredatis.

Liberis † præteritis, præteritionis pœna 4
quadruplex jure constituta est pro qualitate et differentia liberorum. Si filii et reliqui liberi jam nati, quos nemo gradu antecedit, qui iidem in potestate testatoris fuerunt, neque instituti sint, neque exheredati, idest, ut nunc loquimur, sint præteriti, ipso jure testamentum nullius momenti est. *L. inter cætera, D. de liber. et postum.* Si postumi præteriti sint, qui si nascerentur vivo patre, sui heredes essent futuri, idest, qui in potestate parentis essent, et primum locum inter

ter liberos tenerent, hi, inquam, si præteriti sint, jure civili testamentum a principio valet, sed si postea nascantur, testamentum agnatione ipso jure rumpitur, et paterfamilias fit intestatus. L. 1. *infr. tit. proxim.* §. *postumi, Instit. eod.* Eadem caussa est nepotum præteritorum, qui postumorum loco habentur. §. *postumorum*, *Inst. eod.* In his præteritis omnium interpretum consensu nihil mutat hæc constitutio, quin potius hoc jus aperte confirmat, cum lex ait, *non licere liberos præterire.* Hoc enim consequens est, his præteritis contra legem fieri, ac proinde testamentum pro infecto esse, L. *non dubium*, *sup. de legib.* nisi quid lege exciperetur postea, quo declararetur nominatim placere, ut testamentum valeret ab initio, sed postea petentibus liberis rescinderetur, quod in his generibus liberorum factum non est: unde multo magis in jure vetere manere oportet. L. *præcipimus*, *in fin. C. de appellat.* Quod si liberi emancipati præteriti sint a patre, jure civili vetere testamentum valet; sed datur præteritis bonorum possessio contra tabulas, qua petita testamentum ita rescinditur, ac si a principio nullius momenti fuisset, quod ad institutiones heredum attinet. L. *non putavit*, §. *ult. D. de bon. poss. con. tab.* §. *emancipatos*, *Institut. eod.* Quod si præteriti sint ii liberi, qui neque sunt in potestate parentis, neque esse potuerunt, eoque nunquam fuerunt in ejus potestate, ut sunt filii matri, nepotes aviæ, vel avo materno, testamentum et jure civili vetere, et jure prætorio valet, sed datur præteritis querela inofficiosi testamenti, §. *ult. Instit. eod.* In qua si filius obtinet, non minus et hic ipso jure testamentum rescinditur, L. *Papinianus* §. *ult. D. de inoff. test.*

5 Quæritur ergo † an in his duobus et postremis generibus liberorum jus superius emendetur hac constitutione, ut scilicet non exspectetur, dum emancipatis, vel cæteris liberis præteritis postulantibus testamentum rescindatur, sed statim a principio testamentum nullum sit? De quo non tam magnæ sunt dissensiones, quam magni errores, et non ferendi. Neque hæc quæstio de nihilo est, utrum potius statui oporteat. Etsi enim rescisso testamento aut per querelam, aut petita bonorum possessione contra tabulas, testamentum æque non valeat, ac si ab initio nullum fuisset: tamen hoc ita est, si actum fuerit querela inofficiosi, aut si petita sit bonorum possessio contra tabulas. Multis autem modis accidere potest, ne agatur de inofficioso testamento, vel quia filius repudiet querelam, vel quia intra quinquennium huic actioni præstitutum non egerit, vel quia prius, quam ageret, decesserit. L. *qui repudiantis*, L. *Papinianus*, §. *ult. et* L. *si autem*, *sequen.* L. *quemadmodum*, *D. de inofficios. testam.* Idemque de bonorum possessione dicendum est: quam repudiare potest filius, et quæ non competit, nisi intra annum, *L. 1.* §. *quib.* §. *largius, D. de suc. ed.* intra quem fieri potest, ut eam non petierit: fieri etiam potest, ut priusquam peteret, decesserit: quibus omnibus modis accidit, ut testamentum sicut a principio valuit, sic nunc in totum confirmetur: unde et admittantur scripti heredes exclusis legitimis: quæ contra evenire necesse est, si dixerimus testamentum ex caussa præteritionis nullum esse. Nam testamento nullo constituto paterfamilias decedit intestatus, eoque hereditas ad legitimos heredes pertinet, exclusis reliquis heredibus. L. *filio præterito, D. de injust. rup.* L. 1. *sup. tit. prox.* Cum igitur tanti referat, utrum dicamus semper diu et multum quæsitum est, utrum videretur constitui hac lege Justiniani. Et invaluit sententia vetus interpretum hanc constitutionem pessime intelligentium, ex caussa præteritionis nullum esse testamentum, etiamsi liberi emancipati præteriti sint, atque adeo si liberi præteriti sint, qui nunquam sui heredes esse potuerunt, idest, qui nunquam fuerunt in potestate morientis. Qua sententia deletur bonorum possessio contra tabulas, et quæ inde sequuntur. Deletur §. *emancipatos*, *Instit. eod.* item maxima ex parte Titul. *de inoffic. testam.* cum in Pandectis, tum in Codice, et in Institutionibus. Item in L. *maximum vitium*, hic, ubi superiores rationes infirmandi testamenti leguntur. Statuunt autem hanc sententiam ex his verbis, quæ sunt in *authent. non licet*, et in *Novell.* unde hoc fragmentum sumitur, *in* §. *aliud quoque capitulum*, cum dicitur, *parentibus non licere liberos præterire.* Sic enim colligunt; igitur lex vetat præterire. Ergo et si testamentum fiat his præteritis, apparet fieri contra legem. Quod si contra legem, etiam jure pro nullo esse fatendum est. L. *non dubium, sup. de legibus.* Et habet argumentum maximam speciem veri, in quo et manendum esset, si ex aliis partibus constitutionis non intelligeretur, quæ sit sententia Justiniani de hac re. Sed incivile est, nisi tota lege perspecta judicare, vel respondere. L. *incivile*, *D. de legib.* Porro ex iis, quæ consequuntur in constitutione Novel. liquido demonstrari potest, Justinianum, cum de ratione infirmandi testamenti

menti

menti ob præteritionem liberorum quæritur, non tantum manere in vetere jure, sed etiam aperte id constituere. Primum igitur observandum est, constitutionem Justiniani jus vetus emendare. Sic jus est, quidquid lege posteriore corrigente specialiter expressum non est, id veterum constitutionum regulis relictum intellig. L. *præcipimus, in fin. inf. de appell.* At Justinianus de caussis exheredationis tantum cavit, ut et justa sit exheredationis caussa, et testamento adscripta, et ab herede probata; si quid autem horum observandum non sit, de ratione infirmandi testamenti nihil exprimit in hanc sententiam, ut velit testamentum nullum esse. Quocirca id mutare intelligi non debet, sed veteris juris regulis relinquere. Nec aliud servandum in præteritione. Nam ad rationem infirmandi testamenti communi verbo *rescindendi*, et iisdem rationibus Justinianus utitur, tam ex caussa præteritionis, quam exheredationis, *in* §. *sive igitur*, *et* §. *hæc autem*, ut postea pluribus ostendemus, cum ventum erit ad alteram quæstionem supra nobis propositam. Et circa præteritionem quoque eo magis in jure vetere manere existimandus est. Quod si contra statuerimus, tam multa delenda sunt in jure Pandectarum et Codicis, quam multa delenda esse supra diximus effici ex contraria sententia: quod minime legislatori est propositum, cujus officium est potius bonas, et veteres leges tueri. *L. si quando, princ. sup. de inofficios. testament.* Sed multo magis hoc statuendum est, si constabit Justinianum non constituere, ut si superiora servata non sint testamentum nullum sit, sed ut petentibus liberis rescindatur. Id autem luce clarius apparet Justinianum facere, cum ex verbis constitutionis, tum ex iis rationibus, quibus in hac re utitur *in dict. Novell. ut cum de appel.* §. *sive igitur.* Nam ita scribit, *Quod si hæc observata non sint*, *nolumus exheredatis liberis præjudicium fieri*, et addit, *sed quantum ad institutionem attinet*, τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης quod significat, testamento irrito constituto. Nihil negotii erat totidem verbis dicere τῆς διαθήκης μηδεμίας οὔσης, idest, nullo testamento constituto. Nunc autem dicit, diserte testamento irrito constituto. Potest quidem testamentum, quod nullum est, dici esse irritum, sed fieri, aut constitui irritum non dicitur, nisi id, quod a principio valuit, ut diserte scriptum est *in* §. *alio*, *Instit. quibus modis, testament. infirm.* Idem Justinianus *in* §. *si autem hæc omnia*, *ead. const.* pro his verbis τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης utitur his verbis, τῆς διαθήκης ἀνατρεπομένης quod valet, testamento everso, vel ut vulgaris interpres reddidit, testamento rescisso. Absurdum est, rescissum testamentum interpretari id, quod nullum est. Nam quod nullum est, rumpi, aut rescindi non potest, ut diserte scriptum est in L. 5. *D. de injust. rupt.* Et eadem verba usurpat idem Justinianus in *d.* §. *sive igitur*, cum ita scribit, μὴ ἀνατρεπέσθω ἡ διαθήκη ἰσχυέτω, de legatis eo testamento relictis, in quibus vult testamentum non rescissum suam vim tenere. Ratio autem, quæ annectitur a Justiniano in dicto §. *sive igitur*, hæc est, ne liberi falsis accusationibus lædantur, aut aliquam circumscriptionem in testamentis parentum patiantur: quorum alterum ad exheredationem, alterum ad præteritionem pertinet. Ex hac ratione perspicuum est, dummodo præteritis liberis ita testamentum confirmetur, ut præteritio liberis nihil noceat, constitutioni Justiniani, et voluntati ejus satisfactum esse. At non magis nocetur filiis præteritis, si detur illis bonorum possessio contra tabulas, aut querela inofficiosi testamenti, ubi res exigit, quam si testamentum ipso jure nullum sit, quia utraque via rescinditur testamentum non minus, quam si a principio nullum esset, ut supra ostendimus. Et petenti bonorum possessio statim datur, et in querela statim vincunt filii, ubi aut justa caussa non est, aut non est adscripta, aut non est ab herede probata. Nec ad rem pertinet, quod petere oportet bonorum possessionem, aut instituere querelam inofficiosi testamenti, cum testamento nullo constituto, nulla sit petitione, nullo judicio opus. Nam et institutio, aut petitio querelæ est in potestate filii, et si non petit bonorum possessionem, aut non instituit querelam, de se queri debet, quemadmodum queri deberet de se ipso, si institutus fuisset sub conditione, quæ in ejus potestate esset, et ei conditioni non paruisset. L. *suus, de hered. inst.* Proinde, ut dixi, dum liberis præteritis detur bonorum possessio contra tabulas, aut querela inofficiosi testamenti, constitutioni Justiniani satisfactum est. Præterea ex eadem ratione apparet Justinianum in hac constitutione, dum jubet præteritionem non nocere, voluisse consulere liberis. Ex quo intelligitur noluisse eum consulere extraneis heredibus, eoque noluisse introducere ullam infirmationem testamenti, per quam extraneis heredibus consulitur, non autem liberis. Collectio est Ulpiani in *L.* 3. §. *sed utrum*

utrum, *D. de min.* Prætor, inquit, hoc edicto succurere voluit minoribus: non est igitur ei propositum consulere majoribus.

At si dicimus præteritis liberis omnibus testamentum ipso jure nullum esse, non liberis tantum consulitur, sed etiam extraneis legitimis heredibus defuncti. Quid enim, si filius repudiet hereditatem? quid, si vivo patre decedat? quid, si decedat prius, quam hereditatem adeat? dicemus nihilominus patrem intestatum decessisse, eoque hereditatem pertinere ad cognatos ejus. Contra vero si liberis præteritis damus bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi testamenti; filiis consulitur, et solis liberis, quia his bonorum possessionem non petentibus, aut de inofficioso non quærentibus, tantum est testamentum, et scripti heredes admittuntur, exclusis extraneis legitimis heredibus. Hanc igitur viam posteriorem voluit Justinianus, priorem repudiavit aperte, nisi quatenus jure civili vetere testamentum nullum esset. Ratio, qua interpretes in contrariam sententiam ducti sunt, movere nos non debet. Constitutio in §. *aliud quoque capitulum*, cavet, non licere parentibus liberos præterire: ex quo colligere eos dixi, si liberi prætereantur, testamentum contra legem factum videri, ac proinde infectum esse, *d.* L. *non dubium*, *supr. de legib.* Hoc recte colligitur et statuitur, quoties lex simpliciter aliquid vetat fieri, nec ullam pœnam nominatim adjicit: hanc enim pœnam intelligimus, ut quod factum est, infectum sit. At cum lex aliquid fieri vetat, et si id factum sit nominatim pœnam constituit, ut quod factum est, valeat aliquo modo, sed postea rescindatur, adversus legis sententiam manifestam facere non debemus, sed ea erit pœna, quam lex voluit. Proinde quod factum est, valebit, ut lex vult: sed ita rescindetur, ut lex nominatim jubet. Id autem accidit in hac constitutione. Nam Justinianus primo cavet non licere parentibus liberos præterire, sed hic non subsistit, verum postea, si hoc factum non sit, pœnam constituit in §. *sive igitur*, et nominatim hanc constituit, non ut præteritio aut exheredatio testamentum nullum reddat, sed ut non noceat liberis: item ut valeat testamentum, sed postea rescindatur, ubique enim *rescindendi* verbo utitur, præterea manifesta ejus sententia est, nolle eum testamentum ipso jure esse nullum. Proinde adversus verba et manifestam ejus sententiam hanc pœnam constituere præteritionis, ut testamentum nullum sit, nec possumus, nec debemus.

Hæc de pœna præteritionis dicta sunt cum
ex jure vetere, tum ex hac constitutione nova.
Quod † ad exheredationem attinet, ju- 6
re vetere una cum omnibus liberis exheredatis pœna constituta est, ut queri possint de inofficioso testamento: dummodo sint rite exheredati, id est, nominatim, pure, et ex tota hereditate: neque interest, utrum filii exheredati in potestate parentis fuerint, an vero non fuerint. Generale jus est, exheredatos liberos neque jure civili, neque prætorio turbare testamenta parentum, unamque his superesse querelam inofficiosi testamenti, L. *non putavit*, D. *de bon. poss. cont. tab.* Idque ita erat, sive caussæ ingratitudinis adscriptæ essent, sive non essent: item sive constaret liberos ingratos fuisse, sive constaret, ne ingratos quidem esse potuisse, ideo etiam infante et postumo exheredato testamentum valebat: quanvis daretur exheredato querela inofficiosi testamenti. §. *tam autem*, *Inst. de inoff. test.* Quod etiam Justinianus confirmat in L. *si quis suo*, §. *ult. supr. de inoff. test.* Quæritur, an hic quidquam immutarit Justiniani constitutio? Et vulgo quoque hæc sententia recepta est, si aut exheredationis nulla justa caussa sit, ut in infante, aut justa caussa sit, sed non adscripta, testamentum ipso jure nullum esse, quicunque liberi exheredati sunt. Cæterum justa caussa exheredationis constituta, et ea adscripta, valere testamentum, sed dari querelam exheredato, in qua vincet, si heres eam caussam non probaverit. Nos vero hanc sententiam itidem ut superiorem constitutioni Justiniani plane adversari contendimus, et ita statuimus, dummodo liberi, quicunque erunt, rite sint exheredati secundum formam juris veteris, quamvis nulla caussa sit exheredationis, aut non sit adscripta: tamen jus antiquum manere, et solum querelam dari exheredato, etiam infanti, iisdem argumentis, quibus supra usi sumus. Primum, quia constitutio vult testamentum rescindi. Deinde, quia vult ita exheredari secundum formam illic præscriptam, ut si ea observata non sit, ea exheredatio non inutilis sit, sed non noceat: item ut non noceat solis liberis, non autem, ut per hoc hereditas perveniat ad alios extraneos: quod futurum est, si dixerimus testamentum nullius momenti esse, non autem rescindi. Opponitur huic sententiæ L. *non putavit*, §. *non quævis*, *D. de bon. poss. cont. tab.* ubi scriptum est, exheredationem non rite factam exheredationem non videri. Ex hac sententia sic vulgo argumentantur. Præteritis liberis qui sunt in potestate, testa-

sta-

stamentum nullius momenti est, ut supra confirmavimus. Præteriti autem intelliguntur, qui rite exheredati non sunt, *d.* §. *non quævis.* Quare liberis ita exheredatis testamentum nullius est momenti. Hæc concedimus, sed nihil adversus id, de quo quæritur. Prius enim efficiendum fuit, liberos videri non rite exheredatos, qui exheredati sunt non justa de caussa, aut caussa non adscripta: quod negamus, et recte. Nam dum nominatim, et pure, et a tota hereditate exheredati sint, rite exheredati sunt ex jure vetere. Sunt etiam rite ex constitutione Justiniani, quam tractamus, quoniam Justinianus non jubet liberos exheredari justis de caussis, et eas adscribi, ut testamentum a principio constet, sed ut, si contra factum sit, exheredato non noceat, *d.* §. *sive igitur. Nov. ut cum de appel. cog.* Vult igitur testamentum consistere, sed exheredatis id non nocere.

Ac de priore capite dictum est, quomodo ex caussa præteritionis, aut exheredationis testamentum irritum sit ex constitutione Justiniani. Alterum quæritur, ex his caussis quatenus testamentum irritum fiat? Et res ita definita est in *auth. ex caussa*, ut ex caussa præteritionis, aut exheredationis testamentum irritum sit, quod ad institutiones heredum attinet: cætera autem in testamento relicta et constituta valeant. In quo posteriore jus singulare notandum est. Nam jure communi, cum testamentum rescissum est, nihil in eo testamento scriptum valet, *L. cum mater*, *D. de inoffic. testam.* de quo mox plura. Quam ob caussam multa circa hoc caput quæsita sunt, cum de caussis, propter quas testamentum infirmatur, tum de iis, quæ testamento relicta sunt, quæ constitutio jubet valere.

7 Ac † primum quod jubet valere cætera ex caussa exheredationis, id pro certo et perpetuo jure habendum est. Expressum est enim in *Nov.* unde hæc *auth.* sumitur in *d.* §. *sive igitur*, his verbis, *quod si hæc observata non sint, sancimus exheredatis liberis nullum præjudicium fieri, quod ad heredum institutiones attinet, certe omnia alia testamento constituta suam vim obtinere, quasi non rescisso testamento.* Quæsitum est, an idem probandum sit ex caussa præteritionis, et an recte hoc verbum adjectum sit ab eo, qui confecit hoc fragmentum, cujus initium est; *Ex caussa præteritionis?* Movet dubitationem, quod Justinianus in *d.* §. *sive igitur*, unde est hoc fragmentum, de exheredatis tantum liberis loquitur, nihil nominatim adjicit de præteritis. Semper autem hæc regula interpretationis tenenda est, quod specialiter legibus posterioribus expressum non est, id veterum constitutionum regulis relinqui oportere, *L. præcipimus inf. de appell.* Quæ sententia apud plerosque obtinuit. Sed bene hic dictum est, cætera in testamento valere non tantum ex caussa exheredationis, sed etiam ex caussa præteritionis, idque recte sumptum ex constitutione Justiniani. Nam primum in *d.* §. *sive igitur*, loquitur quidem initio de exheredatis liberis Justinianus, sed sequitur postea: quod si in aliquibus talibus testamentis legata, aut fideicommissa relicta sunt, hæc suam vim tenebunt. His verbis, *si quæ sint talia testamenta*, aperte non intelligit ea, in quibus liberi tantum exheredati sunt. Nam hæc dici debuerunt eadem testamenta, ubi filii vel aperte, vel tacite removentur a bonis paternis, aperte exheredatione, tacite præteritione. Deinde in *eod.* §. Justinianus jubet testamentum irritum esse, si priora de quibus locutus erat, observata non fuerint. Proposuerat autem initio non tantum de exheredatis liberis, sed etiam de præteritis in §. *aliud quoque capitulum.* Proinde hæc verba, *si hæc conservata non sint*, ad utrumque caput referenda sunt. Id evidentius apparet ex ratione subjecta in *d.* §. *sive igitur.* Ait enim Justinianus ideo se jubere, ut testamentum irritum sit, ne filii falsis accusationibus lædantur, aut aliquam circumscriptionem in parentum testamentis patiantur. Accusatio falsa est in exheredatione, circumscriptio est in præteritione, utramque igitur caussam Justinianus intelligit, ut quanvis *exheredatorum* verbo usus sit, tamen intelligi debeat, verbo generali eum omnes liberos ab hereditate remotos comprehendisse. Præterea hoc constitutum esse debet, etiamsi Justinianus tantum juberet legata ex testamento valere, ubi liberi immerito exheredati sunt, tamen vel hoc ipsum certum argumentum tum esse, legata æque valere debere liberis tantum præteritis. Nam ubi minor est injuria testatoris, æquum est illius voluntati plus tribui, quam ubi major est ejus injuria. Major autem ea est, cum aperte falsis accusationibus liberos exheredat, quam ubi silentio præterit ubi eos verbis non lædit.

Quare si ex caussa exheredationis hoc tribuitur patri, ut legata ab eo relicta valeant, multo magis hoc ei tribuendum, ut valeant liberis tantum ab eo præteritis. Sed omnem dubitationem sustulit §. *hæc autem*, *in ead. Nov. in fin.* ubi Justinianus constitutionis summam complectens ita concludit, solum sibi propositum esse a parentibus et liberis

præ-

præteritionis, et exheredationis injuriam arcere. Item, ex his constare, ad utriusque partis utilitatem, et cautionem præsentem legem fuisse latam. Quæ apparet referri non tantum ad testamenta liberorum, de quibus proxime locutus erat, sed etiam ad testamenta parentum, de quibus egerat prius. Hoc idem et cordatioribus interpretibus placet.

8 Sed † sive ex caussa exheredationis tantum placet cætera testamenti valere, sive etiam ex caussa præteritionis, opponuntur huic sententiæ innumeri loci, in quibus traditur, testamento nullo constituto, aut rescisso, nihil in eo testamento relictum valere. Verum hanc dubitationem sustulit Justiniani constitutio non tantum *in d. §. si autem*, sed multo magis *in §. si autem hæc omnia*, ubi diserte cavet, si in legatis et cæteris relictis, quæ jubet valere, aliud cautum sit veteribus legibus, nolle se eas leges valere. Et ideo sciamus hos locos omnes, et sententias veteris juris ad normam hujus constitutionis emendari, hoc modo, filio, qui in potestate est, præterito, placebat neque legata, neque libertates deberi, L. *filio præterito*, *D. de injust. rupt.* hodie et legata et cætera debebuntur. Item postumo præterito placebat ejus agnatione rumpi testamentum ita, ut paterfamilias intestatus decederet, nec quidquam ex eo testamento deberetur, L. 1. *inf. tit. proxim.* hodie legata et cætera præstabuntur. Item filio emancipato præterito, bonorum possessione contra tabulas petita ita rescindebatur testamentum, ut jus rediret itidem ad caussam intestati, L. *non putavit*, §. *ult. D. de bonor. possess. contra tabul.* nisi quod legata præstabantur ex eo testamento certis personis, puta liberis et parentibus, *L. 1. D. de leg. præst.* hodie præstabuntur omnibus, et omnia. Item rescisso ex caussa querelæ inofficiosi testamento, placebat neque legata, neque libertates præstari, *L. Papinianus*, §. *ult. L. cum mater*, *D. de inofficios. testament.* hodie etiam ex hac caussa legata valebunt, et cætera relicta ex eo testamento. Postremo ita est jus vetus, ut ex quo testamento hereditas adita non est, ex eo nihil omnino debeatur. L. *si nemo* 1. *D. de test. tut.* L. *si nemo*, *D. de regul. jur.* Hodie hoc ita est, si ex aliis caussis accidat, ne debeatur hereditas a scriptis heredibus: cæterum ex caussa præteritionis vel exheredationis si adita non erit, jus novum hic est, ut cætera in eo testamento valeant præter institutionem.

9 Et † circa caussam institutionis minime dubitatur legata tunc valere, cum testator scivit se liberos habere: et consulto eos præterit: tunc enim apparet testatorem voluisse legata præstari omnia. Quæsitum est, an idem probandum sit, si testator ideo liberos præteriit, quia se habere ignorabat? Finge patrem falso rumore perlato de filii morte existimasse illum esse mortuum, et ob id alios instituisse heredes testamento: et eo testamento quædam legata reliquisse. Constat ex voluntate testatoris, heredes scriptos non futuros heredes, sed filium. De legatis quæritur, an etiam hæc debeantur ex hac constitutione, an vero non debeantur, quia tunc relicta sint, cum pater se filium habere non putaret? Bartolus non ineptis rationibus motus contendit, hoc casu nec institutionem, nec legata valere. Movetur voluntate testatoris, quia non est verisimile, si pater putasset se filium habere, alios heredes eum institutum fuisse, aut legatis oneraturum filium. Utitur autem ad eam rem tribus argumentis. Primum ductum est a militis præteritione. Nam si miles præteritis liberis omnibus heredes instituat, testamentum non valet: sed ita, nisi liberos se habere ignoraverit. Hoc enim casu præteritio militis non nocet liberis, L. *sicut*, *et L. si cum seq. sup. de test. milit.* proinde et in pagano idem dicendum est. Nam et in paganorum testamentis legata contra voluntatem testatoris deberi non possunt, cum in testamentis totum voluntas testatoris faciat. L. *qnoties*, *in pr. L. ex facto*, §. *rerum*, *D. de her. inst. L.* 12. *in fin D. de legat.* 1. Alterum argumentum est, quod non sit verisimile quenquam suis successoribus alienos præferre velle, quæ et conjectura voluntatis pro certa confirmatur L. *cum avus*, *D. de cond. et demonst.* L. *cum acutissimi, infr. de fideicom.* Tertium argumentum *ex* L. *si unquam*, *infra*, *de revoc. donat.* ubi placet, quæ quis donavit vivus, cum liberos non haberet, liberis postea susceptis revocari, et redire in dominium donatoris. Si hoc placet in donationibus puris et inter vivos factis, multo magis in legatis testamento relictis recipiendum est: quoniam donationes majorem vim obtinent, quam legata. Donationes statim perficiuntur, nec revocantur postea ex pœnitentia, §. *aliæ, Inst. de don.* legata perpetuo revocari possunt quamdiu testator vivit. L. 4. *D. de alim leg.* Et posset hæc sententia recipi, nisi diserte contra scriptum esset duobus in locis, *in L. ult. D. de her. inst.* et præcipue *in* L. *cum mater*, *D. de inoff. test.* quo in loco posteriore proponitur mater falso rumore perlato quasi filium suum in prælio amisisset,

dum

dum putat se liberos non habere, instituisse extraneos heredes, et quædam legata, item libertates testamento reliquisse. Tamen in hac specie illic scribitur, Divum Hadrianum decrevisse hereditatem matris ad filium pertinere, ita ut legata et libertates præstarentur. Nec mutatur hæc sententia postremis verbis ejus loci, sed magis confirmatur. Verba hæc sunt: *Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus et legatis adjicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.* Adnotare, non est reprehendere et corrigere, sed notare tanquam rem notatu dignam, et singularis juris, et ratio singularis juris subjicitur, quia jure communi in omnibus testamentis, quæ rescinduntur, hoc servatur, ut rescisso testamento nihil inde debeatur: quod cum contra hic decretum sit, merito decretum hoc adnotatum esse dicitur.

His autem verbis, *hic adnotatum est*, non corrigi præcedentia, ex eo plus quam evidenter liquet, quod adnotatio hæc est juris interpretum, sententia autem, quæ præcedit, est sententia Imperatoris. Ineptum est putare juris interpretem, qui potestatem juris condendi non habuit, mutasse, aut emendasse constitutionem Imperatoris, quæ jus publicum facit. Huc accedit, quod illa sententia sine ulla correctione confirmatur in *d. L. ult. D. de her. inst.* Et frustra tentat Bartolus hæc responsa eludere. Nam aut institutio scripti heredis in hac specie ideo non valet, quia filius præteritus est; aut quia mater voluit hoc casu filium removere, et alios heredes, qui scripti sunt instituere. Si volumus institutionem non valere ex caussa præteritionis, legata debebuntur ex hac constitutione. Si volumus institutionem non valere, quia scripti heredes deficiuntur voluntate testatoris, etiam hoc casu legata debebuntur ex suprascriptis legibus, et præsertim *ex* L. *ult. D. de her. inst.* ubi hoc significatur non obscure, ideo hereditatem ad filium pertinere, quia non videatur testator voluisse non instituere eum, quem se habere ignorabat. Non obstat exemplum militis. Nam cum miles præterit filium, quem ignorat se habere, in institutione heredis admittitur hæc distinctio, utrum sciat se habere filium, an ignoret, ut si ignoret, institutio non valeat. Non eadem distinctio adhibenda est in legatis. Nam si miles ignorans se filium habere, alios heredes instituit, et quædam ab his legavit nihilominus legata debebuntur. Hic enim placuit ea deberi ex testamento pagani, idque ex ejus voluntate. *d.* L. *cum mater*, *et d.* L. *ult. D. de her inst.*

Multo ergo magis in eadem caussa debebuntur ex testamento militis, ut voluntas militis conservetur. Non obstat quod dicitur, neminem propriis successionibus alienos præponere velle: nam et nos in hac specie idem admittimus. Cum enim testator præteriit filium, quem ignorabat se habere, et alios heredes instituit, ex superiori ratione dicimus successionem ad filium pertinere, non ad heredes scriptos. Sed quod de successione dicitur, ad legatum transferendum non est. Nihil enim prohibet testatorem filium suum heredem esse velle, et nihilominus ab eo quædam relinquere. Certe quotidie id usu venire videmus ut parentes liberis institutis, nihilominus quædam testamento legent, qua ratione solum nititur, quod responsum est in *dict. L. cum mater, D. de inofficios. testam. in dict.* L. *ult.* Non obstat L. *si unquam, infra, de revoc. donat.* Nam illic revocantur donationes liberis postea susceptis: sed eæ donationes, quæ a patrono in libertos collatæ sunt, cæterorum donationes non revocantur, tametsi vulgo contra receptum sit: de quo scripsimus postea ad eam legem. Tum autem, ut concedamus eam legem in omnium donationibus locum habere: tamen non recte transfertur ad legata. Nam in una re donationes inter vivos majorem vim habent, quam legata: nempe in eo, quod revocari non possunt vivente donatore, legata possunt. Sed in eo plus est firmitatis in legatis, quod cum revocata non sunt a testatore, præcipue placet ea conservanda esse, quia testator aliud amplius non potest. L. I. *sup. de sacros. eccl.* Unde dictum publice expedire testantium voluntates exitum habere. *L. vel negare, D. quemad. test. aper.* Stet igitur jam hæc sententia, non solum ex caussa exheredationis, sed etiam præteritionis verissimum et perpetuum esse, quod in hac *authent. ex caussa*, dicitur, ex his caussis ita institutionem non valere, ut cætera firma permaneant: neque interesse, quare testator præterierit liberos, utrum quia sciebat se habere, et volebat præterire, an vero quia se habere ignorabat.

Deinceps quæ infirmet, aut confirmet hæc constitutio, consideremus. Ait institutionem ex suprascriptis caussis non valere.

Hic † quæsitum est de eo, qui institutus 10
est ex fundo, aut alia re certa. *In eo institutionem non valere constat. Sed an saltem ei fundus, aut alia res certa debebitur tan-*

quam

quam legatum? Dici potest ei nihil deberi ex verbis hujus constitutionis. Nam cum quis instituitur ex fundo heres, jubetur detrahi fundi mentio: qua detracta fundus legatus dici non potest, L. 1. §. *si ex fundo*, *D. de her. inst.* Rursum ex hac constitutione institutio non valet. Sed si legatum valere potest ex testamento, placet illum tanquam legatarium eam rem certam, ex qua institutus est, jure legati habiturum. L. *quoties*, *sup. de her. inst.* Porro in hac specie legatum rei certæ ex testamento deberi potest ex hac constitutione. Quare et hic fundum, aut aliam rem certam, quæ appellata sit, deberi dicemus. Ait constitutio cætera firma permanere. *Cæterorum* verbo quæ intelligantur, expressum est in d. Nov. *ut cum de appell. cog.* §. *sive igitur*, *et* §. *si autem*, ubi nominatim hæc commemorantur, legata, fideicommissa, libertates, tutelæ dationes: adde his substitutionem pupillarem: quam placet valere, quotiescunque ex testamento patris legata relicta præstantur, L. 2. §.
11 1. *D. de vulg. subst.* Sed quod † dicitur de legatis, hæc ex suprascriptis caussis deberi, non de omnibus legatis accipiendum est, sed de iis tantum, quæ ab institutis relicta sunt. Si quid autem pater a præterito filio relinquit, neque jure vetere valuit legatum, L. 2. *D. de legat.* 2. neque ex hac lege confirmatur, quia in *d.* §. *sive igitur*, diserte scribitur *ex caussa præteritionis, vel exheredationis legata suam vim obtinere, tanquam si testamentum rescissum non esset.* Ex quibus verbis intelligimus, ea sola legata hic confirmari, quæ valerent, si heredes instituti hereditatem adiissent.

Sed † unde, et quo jure legata petentur? 12
utrum ex testamento, an ab intestato? non videntur ex testamento peti posse; quia id nullum est sine heredis institutione, *L.* 1. *D. de vulg. et pup. subst.* §. *ante heredis*, *Instit. de legat.* Nulla autem institutio est, quæ est irrita. Rursum ab intestato non magis videntur posse peti, quia testamento relicta sunt, non ab intestato: nisi quis dicat peti posse condictione ex lege. Sed verum est, ea ex testamento peti posse, et valere. Id enim diserte expressum est in *d. Nov. ut cum de appell. cog.* §. *sive igitur.* Hic opponitur regula juris, quæ vetat in paganis testamentum pro parte valere, et pro parte non valere, seu quæ vetat aliquem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere. *L. jus nostrum*, *D. de reg. jur.* Sed hanc objectionem hic metuere non debemus. Nam Justiniano ita placuit, ut ex caussa exheredationis vel præteritionis pro parte, idest, pro institutione, testamentum non valeat, pro his autem, quæ eo testamento relicta sunt, valeat, *d.* §. *sive igitur.* Huc accidit, quod in *ead. Nov.* §. *sive autem*, nominatim cavet, si quid sit huic parti in veteribus legibus contrarium, nolle se id valere.

AD TITU-

AD TITULUM XXIX.

COD. DE POSTUMIS HEREDIBUS INSTITUENDIS, VEL EXHEREDANDIS, VEL PRÆTERITIS.

Ad L. 1. 2. *et* 3.

Imp. Anton. A. Brutatio.

Si post testamentum factum, quo postumorum suorum nullam mentionem testator fecit, filium filiamve suscepit, intestato vita functus est: cum agnatione postumi vel postumæ, cujus non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi, neque peti posse explorati juris est. Dat. et PP. IV. Kal. Jul. Antonino A. IV. et Balbino Coss.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Soterico.

Uxoris abortu testamentum mariti non solvi: postumo vero præterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum, juris evidentissimi est. S. XII. Kal. Mart. Sirmii. Cæsarib. Coss.

Imp. Justinianus A. Joanni *præfecto prætorio*.

Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur: præteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri exsisteret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non missa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum posset: (et) veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, et si vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque, quod et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat; eorum etiam nos laudamus sententiam: et sancimus si vivus perfecte natus est: licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit; nihilominus testamentum rumpi: hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium. Dat. XV. Kal. Decembr. Constantinop. Lampadio et Oreste. VV. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Summa hujus tituli.*
2. *Postumus quis, et quando præteritus intelligatur, et num.* 3.
4. *Suus heres quis.*
5. *Postumus præteritus rumpit testamentum, et quomodo.*
6. *Nasci quomodo intelligatur.*
7. *Si Postumus natus illico decesserit, an nihilominus irritum sit testamentum, an vero ruptum restituatur.*
8. *Quid juris sit, si postumus natus non solum statim decesserit, sed etiam decesserit, priusquam vocem ederet.*
9. *Quod juris est de filio superstite præterito,*

rito, idem in postumo præterito servandum est.

10. *Injustum testamentum quot dicatur modis.*

11. *Postumus natus magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, et num.* 12.

13. *An, si postumus mortuo testatore nascatur, et deinde illico decedat, testamentum restituatur.*

1 SUmma † tituli hæc est: postumus præteritus, qui natus suus heres futurus esset, si nascitur, rumpit testamentum, eoque modo fit, ut testamentum non valeat, videlicet, si a principio natus esset præteritus, *L. si postumus a princ. D. de lib. et post.* L. 3. *de injust. rupt.* §. *postumi, Instit. de exer. lib.* Singula hujus definitionis
2 explicanda. Postumus † intelligitur non tantum is, qui post mortem patris nascitur, qui proprie postumus dicitur, sed etiam qui nascitur vivo patre post testamentum factum: nam et hic præteritus rumpit testamentum lege Velleja L. 3. *in pr. de injust. rupt.* Præ-
3 teritur † autem postumus, qui neque institutus est, neque exheredatus, §. *eadem, Instit. de her. quæ ab intest.* Hoc eo pertinet, ut si neque institutus sit postumus, neque exheredatus, quanvis ei aliquid legatum sit testamento: tamen natus rumpit testamentum, §. *postumi, Inst. de exher. lib.* Si exheredatur, sive sit masculus, sive fœmina, hodie nominatim exheredandus est, alioqui intelligitur præteritus, *L. maximum, supr. t. prox.* §. *sed. hæc quidem, Instit. de exher. liber.* secundum quam sententiam accipi oportet, quod in *L.* 1. *h. t.* dicitur de postumo, cujus pater nullam mentionem habuit.

Exigimus, ut sit is postumus, qui natus
4 inter suos heredes futurus esset. Suus † heres est, qui ex liberis est, et in potestate morientis, et inter liberos primum gradum tenet, §. *sui, Instit. de hered. qual. et differ.* Exigimus igitur in postumo, ut natus sit ex numero liberorum. Hoc eo spectat, ut si mulier aliquid ediderit, sed non postumum, verum portentosum, id non rumpat testamentum, ut est in L. *pen. in fin. h. t.* scilicet quia non sunt liberi, idest filii, qui contra formam humani generis nascuntur, L. *non sunt liberi, D. de stat. hom.* Exigimus etiam ex hac definitione, ut postumus si nascatur, sit in potestate patris, L. *quod dicitur, D. de liber. et postum.* Nam emancipatos, et ex emancipatis conceptos postumos jure civili impune præterire licet: tantum præteritis datur bonorum possessio contra tabulas §. *emancipatos, Inst. de exher. lib.* qua non petita si decedant postumi nati, non obstant scriptis heredibus. Hoc jus etiam post constitutionem Novellam Justiniani mansisse et manere supra docuimus ad *Auth. non licet, cum seq.* Ex eadem definitione exigimus, ut postumus, qui nascatur, primum gradum inter liberos teneat. Nam si testator habeat filium, et ex eo nepotem, nihil necesse est nepotem instituere, aut exheredare, *L. si quis postumos, D. de lib. et postum.*

Postumus † præteritus rumpit testamen- 5
tum. Sed hac conditione, si nascatur, *d.* §. *postumi*, ex quo colligitur, quandiu pendet, an nascatur testamentum valere. Item si postumus non nascatur, sive quod mulier ventre vacuo fuit, quæ prægnans putabatur, sive quod abortivum fecerit, nihil esse impedimento, quo minus heredes scripti adeant *L.* 2. *h. t. et d.* §. *postumi.* Nasci autem † 6
intelligitur, ubi animal natum est non tantum, ubi secundum consuetudinem naturæ partus editus sit, sed etiam cum excisso ventre extractus est, L. *quod dicitur, de lib. et postum.* Natus rumpit testamentum, idest efficit, ut non magis valeat testamentum, quam si ab initio natus esset præteritus. Hic quæsitum est. Quid si postumus † natus illico 7
decesserit, an nihilominus irritum erit testamentum, an etiam ruptum restituetur? Et placet rumpi testamentum, nec restitui ruptum. Rumpitur testamentum, quia vere filius natus est, lex autem solam agnationem postumi exigit, ut testamentum rumpatur. Quod non restituitur testamentum, eo fit, quia quod cœpit non valere, tractu temporis non potest confirmari, sive ab initio non constiterit, sive postea ruptum dissolutum sit *L. quod initio, de reg. jur. L. si res,* §. *aream, de sol. L. inter,* §. *sacram, de verb. oblig.*

Quid † si postumus natus non solum sta- 8
tim decesserit, sed etiam decesserit, prinsquam vocem ederet? Justinianus constituit hic idem esse, L. *pen. h. t.* secutus Sabinorum sententiam: optima ratione, quod non eo minus partus vitalis est, etiamsi vocem non edat. Argumento est, quod nemo negat partum editum esse, si mutus editus sit, quem

quem tamen constat vocem emittere non posse. His de caussis fit illud, quod supra dixi, ut postumo nato ita rumpatur testamentum, ac si natus ab initio esset præteritus. Nam et in filio præterito hoc idem accidit, ut statim testamentum nullius sit momenti. Et quanvis vivo patre mortuus sit, non eo magis tamen convalescit testamentum, L. *si filius, de lib. et postum.*

Sed huic sententiæ opponitur L. *postumus, de injust. rupt.* ubi superioribus casibus datur scripto heredi bonorum possessio secundum tabulas. Et ita quod testamentum jure civili ruptum esse dicimus, nec ullo modo restitui, jure prætorio confirmatur. Parum autem interest, utrum scripti heredes jure civili admittantur, an prætorio, dummodo admittantur. Et ut hic locus explicetur: quod
9 † de filio superstite præterito juris est, idem in postumo præterito servandum est. L. 3. §. 1. *de injust. rupt.* De filio autem præterito, qui item vivo testatore decessit, scriptum est *in d. L. postumus* vers. *idem*, et dari hoc casu bonorum possessionem scripto heredi, sed hac conditione, *si bonorum possessio detur ei, qui ab tntestato quoque succedere potuit.* Id significat Ulpianus cum ait: *Idem et circa injustum testamentum dicendum est*; nam prius de postumo dixerat, si is præteritus nascatur vivo testatore, et eodem vivo decedat, posse scriptum heredem bonorum possessionem secundum tabulas petere. Subjicit, idem esse, si filius superstes præteritus vivo testatore decedat: *Idem*, nempe ut tametsi subtilitate juris testamentum nullius momenti sit, tamen ex æquo et bono heredi dari bonorum possessionem secundum tabulas. Id *injusti* verbo eo loco signi-
10 ficat. Nam injustum testamentnm † duobus modis dicitur: Primo id, in quo solemnia juris deficiunt, *L. 1. de injust. rupt.* Altero id, in quo filius præteritus est, sic appellatur nominatim *in* L. 3. §. *ex his apparet, de injust rupt.*

Prior significatio legi *Postumus*, non convenit, nam secundum testamenti tabulas, quod solemniter factum non est, prætor non dat bonorum possessionem, §. *non tamen, Inst. quib. modis testam. infirm.* Restat igitur altera significatio, quam illic sequamur. Sed cum ibi dicitur filio præterito, si is vivo testatore decedat, dari bonorum possessionem secundum tabulas, adjicitur nominatim hæc conditio, *si modo ei data sit, qui ab intestato quoque hereditatem auferre potuit.* Ex quo intelligimus, si scripti heredes extranei fuerunt, et alii heredes legitimi, præteritione filii ita nullum esse testamentum, quod ad institutionem attinet, ut neque jure civili, neque jure prætorio: secundum quod non datur bonorum possessio scriptis heredibus extraneis adversus legitimos heredes. Similiter et si filius præteritus, mortuo patri superstes, abstineat se hereditate patris: placet scriptis heredibus bonorum possessionem dari, sed hac lege, si et ipsi legitimi heredes futuri erunt. Id significatur in *L. filio præterito* D. *de injust. rupt.* ubi filio uno præterito cæteri ejus fratres heredes instituti erant: placet, si præteritus non avocet hereditatem, fratribus voluntatem ex æquo et bono tuendam esse. Quod sic intelligi debet: tuendam esse, non jure civili, quo jure testamentum nullius momenti sit; sed jure prætorio, data bonorum possessione secundum tabulas fratribus scriptis heredibus, *juxta d.* L. *postumus, eod.*

Sed non adjicitur in lege, fratribus bonorum possessionem dari, si ab intestato quoque possint succedere, videlicet quia non fuit necesse hoc adjicere, satis enim constat, hos patri intestato legitimos heredes esse. Quod de filio præterito deinde mortuo, aut abstinente se dixi, idem de postumo præterito intelligendum est, ut si is vivo patre natus decedat, jure civili non restituatur omnimodo testamentum; sed tamen scriptis heredibus datur bonorum possessio secundum tabulas; verum hac eadem conditione, qua supra, si detur iis heredibus, qui ab intestato quoque poterant succedere. Opponitur huic sententiæ initium *d.* L. *postumus*, ubi hoc casu dicitur scripto heredi bonorum possessio dari sine ulla conditione. Respondeo: conditio, quæ in ea lege adjecta est, *in* vers. *idem circa*, non solum ad proxime præcedentia referenda est, sed etiam ad superiora omnia, ut sit sensus: in supra scriptis omnibus casibus bonorum possessio secundum tabulas datur scripto heredi, sed in omnibus hac conditione, *Si modo bonorum possessio detur ei, qui ab intestato quoque rem auferre poterat.* Id ita interpretandum, his argumentis evidenter demonstratur. Nam quod in filio juris est, idem in postumo servatur, nec ratio diversitatis reddi potest ut est in L. 3. §. 1. *in fin. de injust. rupt. L. si postumus a primo, de lib. et postu.* Deinde † quia 11
postumus natus magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, ut declaratur in *L.* 5. *cir. fin. D. de injusto rupt.* Proinde si filio præterito deinde mortuo, non datur scriptis heredibus possessio bonorum secundum tabulas, nisi legitimi quoque heredes

redes essent; multo minus postumo præterito, si vivo testatore natus decedat, dabitur scriptis heredibus bonorum possessio, nisi et iidem legitimi heredes futuri erunt. Tertia ratio, cum jure civili testamentum non valet, idque fit justa de caussa, veluti ex caussa præteritionis, etiam prætor debet juri civili in eo obsequi, nec dare bonorum possessionem secundum tabulas, *L. scio, D. de testib.* Adde hanc rationem, quod non potest hoc casu bonorum possessio dari extraneis heredibus, sine manifesta injuria legitimorum heredum: nam ubi postumus præteritus natus est, et jure civili rumpitur testamentum, statim vocantur legitimi heredes, qui ab intestato succedunt. Hoc jus illis a prætore adimi non debet; L. 2. *de his, qui sunt sui, vel.* L. *ult. de pact.*

Non audiendi sunt, qui vulgo hanc rationem diversitatis reddunt inter filium præteritum et postumum præteritum, quod dicunt, postumo præterito saltem ab initio constitisse testamentum, facilius vero restitui, quia aliquando valuerunt. Nam hoc posterius falsum est. Quemadmodum vero quæ ab initio non valent, tractu temporis non confirmantur: sic quæ semel rescissa sunt, ex eventu non restituuntur L. *inter*, §. *facta*, *D. de ver. obl.* L. *si res* §. *area*, D. *de solut.* Idque in postumo verissimum est, qui
12 natus † magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, ut dictum *dict.* L. 5. *de injusto, rupt.* Quorsum hæc, Nempe ut intelligatur, cum in L. 2. *et* 3. *h. t.* dicitur, si postumus præteritus vivo patre natus, eodem vivo decedat, rumpi testamentum, nec restitui: hoc verissime dici et esse perpetuum, scilicet ut non restituatur hoc casu testamentum, neque jure civili, neque prætorio jure. De jure prætorio intelligi potest ex his, quæ supra dixi: nam hoc casu extraneis heredibus, qui ab intestato succedere non possunt, non datur bonorum possessio secundum tabulas, ut supra effectum est. His autem heredibus, qui et letimi futuri essent, datur quidem bonorum possessio secundum tabulas, *d. L. postumus, de injust. rupt.* sed hæc possessio est inutilis scriptis; nam sine hac hereditatem quoque ab intestato obtinerent.

Cur igitur in hac possessione bonorum danda dubitabant veteres? Propter legatarios et fideicommissarios: nam testamento confirmato, legata et fideicommissa debentur ex testamento, et hoc est, quod dicitur in *d.* L. *postumus. Idcircoque legatarii et fideicommissarii legata et fideicommissa habebunt securi.* Sed hodie hæc bonorum possessio, ut scriptis heredibus qui ab intestato succedere possunt, inutilis est; sic etiam inutilis est legatariis. Nam *ex Auth. ex caussa supr. prox. tit.* Etiamsi ex caussa præteritionis succedatur ab intestato, nihilominus legata et fideicommissa debentur. Atque hæc dicta sunt de postumo præterito, qui natus vivo testatore decessit. Quod † si mortuo nasca- 13
tur, et deinde illico decedat, supervacuum est quærere, an restituatur testamentum: nam hoc casu postumus natus statim sibi locum facit, ut est in L. 5. *de injust. rupt.* Qui cum sit suus heres, statim heres existit patri ipso jure, et moriens hereditatem sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis heredes legitimos. L. 3. *prox. t.* Hæc si dicuntur in postumo, qui natus statim decessit, sine dubio in eo, qui natus vivit, ita rumpetur testamentum, ut non sit locus scriptis heredibus. Placebat olim etiam ex eo testamento nihil deberi, L. 1. *h. t.* Sed hoc jus hodie in institutione locum habet: hæc vero infirmatur ut olim; cætera autem in eo testamento constituta firma manent, *ex Authen. ex caussa, supra tit. prox.* Ex his satis exposita est L. 1. 2. 3. *h. t.*

Ad L.

Ad L. ult.

Imp. Justinianus A. Joanni *præfect. præt.*

Quidam cum testamentum faciebat, his verbis usus est: Si *filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint, heredes sunto.* Vel ita dixit, *filius, vel filia, (qui) intra decem menses proximos mortis meæ nascentur, heredes sunto.* Jurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur non contineri testamento et hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum sententiam decidentibus, cum frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adjuvantes: ex neutra hujusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur: sed sive vivo testatore, sive post mortem ejus intra decem menses a morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti: maneat testatoris voluntas immutilata, ne pœnam patiatur præteritionis, qui suos (filios) non præteriit. Dat. XII. Kalend. Decembr. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Postumus quomodo recte instituatur.*
2. *Si testator in institutione alterum tantum nascendi tempus expresserit: is, qui altero tempore natus erit, præteritus videtur.*
3. *In hac institutione*, si quis mihi post mortem meam intra 10. menses nascetur, heres esto, *quid juris sit?*
4. *Item quid in hac*, si quis me mortuo nascetur, heres esto.

1 Postquam † postumus heres instituendus est a patre non exheredatus, quæsitum est, quando commode instituatur, de quo scriptum est in *L. commodissime, de liber. et postum.* ad hanc sententiam: postumum recte institui hoc modo: *quisquis mihi postea natus erit, heres esto:* aut si testator adjicere velit tempus nascendi, ita commode instituetur, *sive quis vivo, sive mortuo me nascetur, heres esto*, utroque scilicet tempore nominatim expresso. Quod †
2 si alterum tantum tempus testator expresserit; placet eum, qui altero tempore natus erit, præteritum videri, et ideo esse eam hanc pœnam præteritionis, de qua supra dixi. Ut puta testator ita scripsit: *Si quis mihi post mortem meam nascetur, heres esto*, aliquis vivo testatore natus est, habetur pro præterito, quia non est natus, ut testator scripsit.

Justinianus hic hanc sententiam ex parte
3 emendavit. Constituit enim, † ut si testator ita scripsit: *Si quis mihi post mortem meam intra 10. menses nascetur, heres esto.* Constituit, inquam, in hac constitutione Justinianus, postumum natum recte institutum videri, non tantum si mortuo testatore natus erit intra 10. menses morti proximos, sed etiam si vivo testatore natus erit. Si quis objiciet huic loco *L. commodissime*: recte respondemus, hanc esse unam ex 50. decisionibus Justiniani, qua veteri juri derogavit, ut Justinianus initio declaravit. Sed monendi sumus, hic emendari jus vetus in hac specie, ubi testator instituit eum, qui se mortuo nascetur his verbis adjectis, *intra decem menses.* Quid ergo si testator simpliciter dixerit, *si quis me mortuo nascetur, heres esto*, an hoc quoque casu emendatur *L. commodissime?* Quidam ita putant, quod probandum non est duabus de caussis. I. Quia quidquid lege corrigente specialiter expressum non est, id veteris juris regulis relinquendum est, L. *præcipimus in fin. infr. de appellat.* II. Quia inter has species et formas multum interest, ut proinde quæ ratione certa distinguuntur, etiam jure distingui debeant.

Diversitas † hæc est non obscura. Nam cum 4
testator dicit, *si quis me mortuo nascetur*, apparet hæc verba, *me mortuo*, non posse esse addita, nisi ad distinguendum, et excluden-

dendum eum, qui vivo testatore nascetur. Proinde vivo testatore natus et verbis et sententia verborum excluditur. Contra vero ubi testator ita dicit: *Si quis me mortuo intra decem menses nascetur*; addita hæc verba, *intra decem menses*, non ad distinguendum et excludendum, qui nascetur vivo testatore, sed ad excludendum, qui nascetur mortuo quidem testatore, sed non intra decem menses. Voluit enim solum excludi eum, qui post mortem ejus nascetur, ultra decem menses; quoniam hunc pro legitimo filio habere noluerit. Quare cum hunc solum excludi voluerit per hæc verba, *intra decem menses*: ex eo intelligitur, cæteros omnes, qui quandocunque nascentur, se velle heredes esse, ac proinde constitutione hac Justiniani hæc voluntas confirmatur.

AD TITU-

AD TITULUM XXX.

COD. DE JURE DELIBERANDI, ET DE ADEUNDA VEL ACQUIRENDA HEREDITATE

SUMMARIA.

1. *Summa titulorum præcedentium, et ratio ac series sequentium breviter ostenditur.*
2. *Hereditas quot modis acquiratur.*
3. *Heredum distinctio.*
4. *Necessarius heres quis, et cur ita dicatur.*
5. *Sui et necessarii heredes qui, et cur ita appellentur.*
6. *Voluntarii heredes qui.*
7. *Voluntariis heredibus quomodo acquiratur hereditas, et num. 9.*
8. *Hereditas quomodo acquiratur iis, qui sunt in aliena potestate.*
10. *Aditæ et quæsitæ hereditatis effectus.*
11. *Remedium duplex ad incommoda, ex hereditate adita emergentia, evitanda.*

1 UT series † et ratio sequentium titulorum facilius intelligatur; paucis colligenda est summa eorum, quæ antecesserunt. Agitur hic de rebus per universitatem acquirendis, quod fit inter cætera, cum alicujus nobis hæreditas quæsita est. Acquiritur hereditas cum delata est, justis et constitutis ad eam rem modis, sed prius delatam esse oportet. Defertur autem testamento, vel ab intestato patrefamilias mortuo. Vocantur aliqui lege ad hereditatem. Ex testamento ita defertur, si et testamentum sit, et sit justum, et eo testamento heredes instituti simus. An fuerit testamentum, testamenti definitio declarabit. Justum testamentum efficitur aliter in milite, aliter in pagano. In milite justum testamentum est, quandocunque miles fieri aliquid post mortem suam voluerit. In paganis ut testamentum justum sit, tribus in rebus positum est, in persona testantis, in solemnibus testamentorum, et his, quæ testamento caventur. In persona testantis est, ut sit is, qui jus testandi habeat; nam non omnibus testamentum facere permittitur. Huc pertinet *titulus, qui testam. fac. possunt*, *supr.* De solemnibus testamentorum, quæ et qualia sint, explicatur *sub. tit. de testamentis.*

In his, quæ testamento caventur, primum caput est, ut aliquis heres instituatur, ac sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. Institutus heres intelligitur, non tantum qui scripto jussus est esse heres, aut verbis nuncupatus: sed is, qui præterea recte institutus quod fit, si et sit cum eo testamenti factio, ut heres institui possit, et instituatur eo modo, quo oportet. Hinc tituli consequentes, *de heredibus instituendis*, *et de institutionibus et substitutionibus*, quorum in priore jus explicatur de persona heredum, in posteriore de instituendi modo. Et quoniam ad quæstionem de heredibus recte instituendis pertinet, intelligi, an plures heredes instituere liceat, et quo ordine, si quando id factum sit: de hac quoque re jus subjicitur, ad hanc summam, licere non tantum plures heredes instituere, sed etiam plures heredum gradus facere, ut alii instituti alii substituti sint, ubi et de jure et effectu institutionum dictum est. Id agitur in *titulo, de impuber. et aliis substitut.*

Alterum caput ad vim testamenti pertinet in his, quæ caventur testamento: ut si testator liberos habet, hos heredes instituat, aut exheredet nominatim, sive hi jam nati sint, sive post nascentur, hinc Tituli *de liber. instit. vel exher. et de postum. her. instit.* Cum hæc ita transacta sunt, intelligemus, quando deferatur testamento hereditas. Sic enim incipiet deinceps deferri, si testator mortuus sit, et heres pure institutus, aut sub conditione, quæ jam extiterit. Hoc modo delata hereditate sequitur, ut quibus modis delata acquiratur, cognoscendum sit: id ergo optimo ordine agitur *hoc tit. et seqq.* per contrarium.

Acquiritur † hereditas dupliciter, prout 2
est conditio et qualitas heredum, non tantum

tum ex testamento, sed etiam ab intestato.
3 Ob hanc † caussam hæc distinctio heredum traditur. Quidam sunt necessarii heredes, quidam voluntarii, idest, quidam, quibus hereditas jure acquiritur etiam nolentibus; quidam quibus nonnisi volentibus. Necessariorum duo genera sunt, quidam, qui necessarii tantum dicuntur; quidam sui et necessarii, ut est *in pr. tit. de hered. qual.* Ne-
4 cessarius † heres est servus a domino heres institutus cum libertate, ita ut ex testamento hereditatem simul et libertatem capiat. Necessarius ideo dicitur, quia heres est domini, sive velit, sive nolit, ita ut nec edicto prætoris fiat ei potestas abstinendi, de quo genere dictum *supr. de neces. serv. her. et in d.* §. 1. *Inst. de her. qual. et differ.*
5 Sui et necessarii † sunt liberi, qui cum primo gradu essent, in potestate morientis fuerunt, ut ostenditur in §. *sui d. tit.* Necessarii dicuntur; quia itidem ut servi a domino instituti fiunt heredes, seu nolint, seu velint: proinde inviti: quod si inviti, multo magis sui juris ignorantes, ut sunt furiosi et infantes, §. *sui Instit. de her. quæ ab intestat.* Quam ob caussam etiam decedentes prius, quam de jure suo cognoscerent, aut quicquam statuerent, transmittunt hereditatem ad quosvis heredes, *L.* 3. *infr. hoc tit.* Sed injuriosum videri potest liberos oneribus hereditariis invitos implicari, præsertim cum extranei heredes non cogantur hereditatem adire, *L. nec temere. inf. hoc tit.* Pugnare etiam videtur cum regula, quæ dictat, invito beneficium non dari, L. *invito, de regul. jur.* Hæc solvuntur hac adjectione, qua dicuntur *sui.* Scire enim debemus suos heredes dictos esse, quod sint sui toti heredes, sive sibi ipsis heredes, quod ex ea re fit; quia sui heredes etiam vivo patre domini existimantur bonorum paternorum, L. *in suis, de lib. et postum.*

Hoc declaratur nomine patrisfamilias et filiifam. quibus distinguntur personæ patris et filii, sed in verbo *familias* conjunguntur, ut intelligatur familiam utrique esse communem familiam, idest bona, quod est argumentum Pauli eo loci. Nec huic sententiæ obstare ait Paulus, quod licet parentibus suos filios exheredare, idest, removere a bonis suis; nam non eo minus domini erant liberi eorum bonorum. Non igitur exheredare potest pater liberos, quia bona ad eos non pertinuerint, sed quia hoc jus patri pro potestate sua tributum sit, ut etiam bona, quæ liberorum sunt, possit adimere. Argumentum est, quod et pater potuit occidere, quod primum est argumentum superioris sententiæ. Nam nihil tam omnium hominum proprium esse solet, quam vita a Deo tributa, quam tamen pater jure potestatis potuit adimere, neque quisquam ex eo colliget, vitam non esse liberorum propriam: sic nec ex eo, quod pater potest adimere bona liberis, colligere possumus bona non esse liberorum etiam vivo patre. Sunt ergo bona liberorum propria, etiam vivo patre, ut supra diximus. Hinc efficitur, ut mortuo patre liberi, qui sunt sui heredes, fiant quidem heredes patri, sed fiant etiam heredes sibi ipsis, ut qui in priore statu etiam bonorum domini fuerint.

Quorsum hoc ad necessitatem hereditatis acquirendæ? Respondeo: id vero ad hanc rem optime pertinet; nam bona oblata nemo cogitur acquirere, incommoda oblata nemo cogitur suscipere, ut efficitur et regula juris, de qua dixi, et exemplo extraneorum heredem. At bonis quæsitis jam ante, etiam inviti et ignorantes retinemus incommoda suscepta; multo magis, ubi non consentiunt hi, quibus obligati eramus: sic fit, ut verbo, *necessariorum*, intelligamus suos heredes et jure fieri, et invitos: ex verbo autem, *suorum*, intelligamus rationem hic contineri, cur fiant inviti, quod alioqui injustum et injuriosum videri poterat. Sed acerbum est non tribuere liberis in potestate paterna, quod tribuitur extraneis: etsi enim fictione juris domini habiti sint vivo patre; revera tamen domini non fuerunt; sed nec cum creditoribus parternis quicquam contraxerunt. Idcirco prætores hanc acerbitatem juris civilis mitigarunt, et fecerunt potestatem liberis abstinendi se hereditate paterna, de quo *titul. seq.* sed hac lege, si se non immiscuerint hereditati paternæ, de quo in *L. si te bonis, infr. h. t.*

Voluntarii † heredes sunt cæteri omnes, 6
qui non sunt in numero necessariorum heredum. Atque in omnes uno verbo extranei dicuntur, idest, qui nec in potestate morientis fuerunt, aut si fuerunt, non tenuerunt primum locum inter liberos, §. *cæteri, Instit. de her. qual. et diff.* His non acquiritur hereditas invitis, sed tantum volentibus, L. *nec emere, infr. hoc tit.* Unde voluntarii heredes a juris auctoribus sunt appellati. Hinc fit, ut liceat his hereditatem repudiare, de qua repudiatione agitur *tit. seq.* Fit etiam, ut priusquam voluerint heredes esse, heredes non fiant, etiamsi maxime his delata sit hereditas. Proinde si interim decedant, hereditatem delatam non transmittunt ad heredes, L. 3. *in fin. infr. hoc t.* Sed † cum 7
his sola voluntate acquiratur hereditas, an am-

amplius quid desideratur ad acquirendum; Et placet extraneis heredibus sola destinatione animi hereditatem acquiri, L. *si aviæ*, *infr. hoc tit.* Nec interest, quomodo is animus declaretur, verbis, an re aliqua et facto; Verbis, adeundo; re et facto, gerendo se pro herede. Heres dicitur omnis, qui ad hereditatem vocatur, vel ex testamento, vel ab intestato.

At heres adeundo fit, aut pro herede se gerendo, §. *ult. Instit. de hered. qual et diff.* Aditionis verbum occurrit in L. *nec emere*, *hoc tit.* et amplius de eo dicetur in *L. cretionum scrupolosam*, *seq. infr.* Pro herede se gerere quid sit, dicetur ad L. I. *et* 2. Sed hoc modo acquiritur hereditas his heredibus, qui sunt sui juris. His autem,
8 qui sunt † in aliena potestate, ita destinatione animi volentibus hereditas acquiritur, si præcesserit eorum jussus in quorum sunt potestate, L. *si quis mihi*, §. *jussum*, *de acquir. hered.* de quo in L. *filiofamil. infr. h. t.* Interim in omnibus heredibus ad acquirendam hereditatem destinationem animi esse oportet; ex quo intelligitur, eos, qui judicio præditi non sunt, et quorum animi destinatio nulla potest esse, hos per se acquirere hereditatem non posse. Hinc quæsitum de pupillo, cui delata est hereditas, de quo in L. *potuit infr.* Hinc de infante, de quo in L. *si infanti*, *h. t.*

9 Sed † hoc modo acquiritur hereditas extraneis heredibus; verum non statim, sed his tribus conditionibus. Prima est, de qua jam initio diximus, omnium heredum, tam necessariorum, quam extraneorum communis, si his delata sit hereditas, L. *si quis extraneus*, §. I. *de acquiren. hered.* L. *si curatoris*, *infr. hic.* Quod quando contingat, supra expositum est. Altera conditio est, si sciat heres extraneus sibi esse delatam, idest, ut aliis verbis expressum est, *Inst. de hered. qual. et differ.* §. *ult.* si heres sciat defunctum testatum, aut intestatum decessisse, seque ei heredem esse, idest, aut se testamento institutum, aut sine testamento proximum se cognatum esse, qui lege, aut edicto prætoris vocetur ad successionem. Et hoc proprium est solum extraneorum heredum. In suis heredibus et necessariis scientia sui juris non requiritur, utpote qui ignorantes, et inviti fiunt heredes, *L. cum quidam*, §. *servum*, *de acq. hered.* In extraneis heredibus contraria de caussa requiritur, ut de jure suo certi sint; his enim destinatione animi acquiritur, ut dixi, hereditas. Placet autem quæ destinatione animi geruntur, non nisi vera et certa scientia peragi posse. L. *in totum*, *de reg. jur.* Tertia conditio est in heredum persona, si quo tempore hereditatem adierunt, aut pro herede se gerunt, sit cum illis testamenti factio, §. *in extraneis*, *Instit. eodem.* Quod non item in suis et necessariis exigitur, quia unum et idem tempus est, cum heredes existunt, et tempus, quo testator moritur, nam statim eo mortuo heredes fiunt, etiam ignorantes.

Aditæ † et quæsitæ hereditatis hic est ef- 10
fectus, ut heres, sive suus, sive extraneus sit, in omne jus defuncti succedat, suscipiatque ejus rei commodum et incommodum, L. I. 2. 3. *in princ. de bon. posses.* Commodum in eo, quod succedunt in dominium rerum omnium hereditariarum, itemque in actiones, quæ defuncto competierunt, L. *heres in omne*, *de acquir. hered.* Incommodum in eo, quod creditoribus hereditariis heres incipit obligari, non secus, quam defunctus, idque sive hereditas solvendo sit, sive non sit, L. *ult. infra*, *de hered. actionibus*, L. *morte*, *de acquiren. hered.* Hoc periculo proposito admonemur, ut delata hereditate rebus adhuc integris caveamus hoc incommodum. Ad † id evitandum duo sunt 11
remedia, unum in deliberando, alterum in inventario rerum hereditariarum faciendo. Deliberatio hoc præstat, ut cognoscamus de facultatibus hereditatis: quibus cognitis si putemus expedire, hereditatem adibimus, sin minus, repudiabimus. Quod si etiam deliberatio hoc non præstitit, ut omne æs alienum cognosceremus, ut sæpe multa latent: adversus omne periculum ratio inventa est et constituta a Justiniano, ut heres inventarium faciat rerum hereditariarum, secundum formam ab ipso præscriptam; tum sine periculo adeat, de quo in L. *ult. infr. h. titul.*

Ex his intelligitur, quæ sit ratio hujus inscriptionis; *de jure deliberandi*, *et de adeunda*, *vel acquirenda hereditate.* De jure deliberandi, quoniam deliberatio ante aditam hereditatem necessaria est: *de adeunda hereditate*, quia adeundo extraneis acquiritur: *acquirenda*, quia non sola aditione acquiritur, sed etiam ipso jure, nempe necessariis heredibus.

Ad L. 1. *et* 2.

Imp. Antoninus A. Titiæ.

Si a patre emancipata, eo defuncto bonorum possessionem non agnovisti: frustra veteris, ne heditati paternæ sis obligata, quod servum ejus nullo jure manumisisti, res quoque et mancipia quædam propter funeris impensas distraxisti, PP. Calend. Julii. Messala et Sabino Coss.

Imp. Alexand. A. Florentino militi.

Cum debitum paternum te exsolvisse alleges: pro portione hereditaria agnovisse te hereditatem defuncti non ambigitur. PP. VI. Id. Feb. Maxim. II. et Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Tria recensentur facta quibus heres pro herede se gerere intelligitur.*
2. *Conciliatio* legum 1. 2. et 12. *cum* §. ult. Instit. de hered. qualitat. et differ. et num. 4.
3. *Quis pro herede se gerendo heres fiat.*

Dubitatio horum locorum hinc nascitur: jus certum est, eum, qui ad hereditatem vocatur, vel ex testamento, vel ab intestato, heredem fieri, se pro herede gerendo, §. *ult. Instit. de hered. qual. et diff.*
1 In his autem † duobus rescriptis ita facta proponuntur, quibus heres pro herede se gerere intelligitur, ut qui ea facit, suo nomine utiliter facere non possit citra jus et nomen hereditatis, id est, nisi sit jure et nomine heres, *L. pro herede in pr. de acq. her.* Hujus generis facta hæc sunt, de quibus hic agitur: servum hereditarium manumittere, distrahere res hereditarias, exsolvere æs alienum hereditarium. Nam manumittere servum nemo potest, nisi dominus, qui prius servum in manu et potestate habuit, cum manumissio sit missio e manu et potestate, *Inst. de libert. in pr.* Non potest autem servi hereditarii quisquam dominus esse, nisi sit heres defuncti, si modo ei is servus legatus non sit.

Similiter nec quisquam res hereditarias distrahendo in alium transferre potest, nisi qui earum sit dominus. Non enim plus juris in alium transferre potest, quam ipse habuit, L. *nemo, de reg. jur.* L. *traditio, de acquir. rer. dom.* nec dominus rerum hereditarium esse potest, nisi qui heres est defuncti, si ei res legatæ non sint. Idem dicendum est de eo, qui exsolvit æs alienum: nam suo nomine exolvere nemo potest, nisi debitor, nec potest ex persona defuncti quisquam debitor fieri, nisi ejus heres. Proinde qui hæc omnia facit, recte dicitur se pro herede gerere. Potest quidem heres æs alienum solvere non suo nomine, sed defuncti, vel hereditatis nomine. Quod si apparet eum hoc animo fecisse, pro herede se non gerit, sed in re dubia qui exsolvit, magis suo nomine solvere videtur, quam alieno, *L. merito, D. pro soc.* Ob hanc caussam de eo, qui servum hereditarium manumisit, diserte 5
responsum est, eum qui id fecit, obligari oneribus hereditariis, quasi pro herede se gessisset, L. *Julianus*, §. *pen. de acq. her.* Idem traditur de eo, qui res alienas distraxit, nihil testatus de sua voluntate, cur scilicet eas res distraeret *d. L. pro herede, cir. pr.* Et is, qui æs alienum hereditarium persolvit, dicitur hoc facto judicium defuncti agnovisse, *L. parentibus de inoff. testam.*

Hæc cum ita sunt, consequens esse videbatur, ut in *L.* 1. *h. t.* responderetur filiam emancipatam, quæ patre defuncto, horum quid fecit, heredem fieri et obligari hereditariis oneribus, quia revera pro herede se gesserit. Nunc autem contra respondetur in *L.* 1. *h. t.* Augetur difficultas *ex* L. 2. quia ex ejuscemodi factis respondetur, heredem videri

videri agnoscere hereditatem et pro herede
2 se gerere. Quæritur † igitur, quam recte hæc tam varie dicantur, et quomodo cum superiore definitione conveniant ejus, qui pro herede se gerat. Et recte sane omnia dicuntur, et nihil adversantur superiori definitioni, aut his locis, in quibus dicitur, his factis ununquemque heredem pro herede se
3 gerere videri. Animadvertendum est † enim, non dicere nos omnem, qui pro herede se gerit, heredem fieri, et hereditatem acquirere, sed eum solum, cui delata est hereditas, et ut est *in d.* §. *ult. Instit. de hered. qual. et differ.* eum tantum, qui extraneus heres vocatur ad hereditatem vel ex testamento, vel ab intestato. Proinde pro herede se gerendo is solum heres fit, et obligatur hereditariis oneribus, qui vocatur ad successionem jure civili, non etiam qui vocatur ad successionem jure prætorio tantum. Nam prætor heredem non facit, sed tantum dat bonorum possessionem §. *quos autem*, *Inst. de bon. poss.* His autem, quibus bonorum possessio tantum datur, non acquiritur hereditas, cum pro herede gesserint, quia bonorum possessio tantum datur his, qui eam a magistratu petunt, ut olim erat necesse petere, aut apud magistratum agnoscere, quod ex constitutionibus nobis nunc facere satis est, L. *ult. infr. qui admit. ad bon. possess.* Hoc cognito intelligi debet, emancipatam, de qua agitur in L. 1. non fuisse patri heredem, seu eam, quæ vocaretur jure civili ad hereditatem patris, sed eam, cui tantum daretur bonorum possessio in hereditate patris. Unde intelligimus hoc quoque, non fuisse eam institutam testamento patris, nam ex testamento defertur hereditas, L. 1. 2. *h. t.* L. *lege obvenire*, *de verb. sign.* sed aut testamento patris fuisse præteritam, quo casu ei tantum datur jure prætorio bonorum possessio contra tabulas. §. *emancipatos*, *Inst. de exher. liber.* aut ejus patrem intestatum decessisse, quo casu emancipata jure civili non succedit, sed datur ei bonorum possessio unde liberi, §. *emancipati*, *Inst. de her. quæ ab intest.*

Sed unde colligimus talem filiam hic proponi, cum nihil exprimatur de eo? Respondeo: intelligitur ex duabus partibus rescripti: I. Quod proponitur filiam vocari ad successionem ut emancipatam. Si instituta esset, non vocaretur ad hereditatem patris, ut emancipata, sed ut quivis extranei instituti heredes: sed filia emancipata vocatur, cum datur præteritæ bonorum possessio contra tabulas, aut ab intestato datur ei bonorum possessio, unde liberi. Colligitur præterea ex illis verbis, quod dicitur manumisisse servum nullo jure, distraxisse res hereditarias nullo jure, priusquam bonorum possessionem agnovisset. Nam si ad hereditatem vocaretur jure civili, hæc omnia suo jure posset facere, cum vellet, sine ulla bonorum petitione, quia hereditas sola animi destinatione acquiritur, ut dictum, L. *si avia*, *h. t.* Non obstant ergo ii loci, in quibus traditur, eum, qui servum heditarium manumisit, aut res hereditarias distraxit, pro herede gerere videri, *d. L. pro herede*, L. *Julianus*, §. *pen. de acq. her.* Nam et hic fatemur filiam emancipatam, quæ litem fecit, pro herede se gerere voluisse, sed negamus ideo heredem fieri, quia non erat vocata, sed tantum admissa ad bonorum possessionem jure prætorio. Hæc autem nullo extrajudiciali facto acquiritur, sed agnitione apud magistratum testata, *d.* L. *ult. qui admitti ad bon. poss.*

Quod si filia in proposito a patre heres instituta esset; quia jure civili ei hereditas deferretur, dicemus eam iis factis pro herede gerere, et oneribus hereditariis implicari. Idem hodie dicemus, si ab intestato patri succedat. Nam *ex Novell. de hered. ab intest.* §. 1. omnes liberi vocantur ad successionem patris, servato ordine gradus, sed sublata differentia patriæ potestatis et emancipationis. Solum huic rescripto locus erit hodie, cum filia emancipata testamento patris præterita erit; quemadmodum hoc casu testamentum jure civili valere dixi, tantumque emancipatæ relinqui bonorum possessionem contra tabulas, *Auth. non licet*, *et seq. de lib.*
præter. Cur † ergo in *L.* 12. *h. t.* dicitur simpli- 4
citer eum, qui æs alienum exsolvit, idest, qui aliquo facto pro herede se gessit, statim videri hereditatem agnovisse? Respondeo, quia de eo agitur, qui jure civili sit heres, seu qui jure vocatur ad hereditatem. Id quidem non exprimitur aperte, sed non obscure intelligitur ex eo, quod dicitur, ex solutione æris alieni agnovisse hereditariam portionem. Nam hoc verbo, *hereditariam portionem*, supponitur, eam portionem, de qua quæritur, fuisse hereditariam, idest, ad hunc jure hereditario pertinuisse: sed solum quærebatur, an heres videretur hanc portionem agnovisse, dum æs alienum exsolvit. Ex his apparet infirmari, quod dixi de ratione acquisitæ hereditatis in extraneis successoribus; ut scilicet tunc illis acquiratur, animi destinatione, cum iis defertur jure civili hereditas; diversum esse, cum iis defertur jure prætorio bonorum possessio.

Ad L.

Ad L. Si fratris. 3.

Imp. Gordianus A. Florentino militi.

Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate: sive ex asse heres institutus est, etiam clausis tabulis heres potuit exsistere: sive ex parte, nihilominus statim suus ei heres exstitit: nec ea propter, quod intra paucos dies mortis patris sui concesssit in fatum, tu ad ejusdem fratris tui potes accedere successionem. Quod si cum juris sui esset ante aditam hereditatem decessit, tuque fratri tuo legitimus heres exstitisti: sive intra tempora edicto præfinita, bonorum possessionem agnovisti: quæ hereditariarum facultatum sunt, vel quæ ab alio injuria detinentur, præsidis diligentia tibi restituuntur. PP. XV. Kal Sept. Gordian. A. II. et Pompejano. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pater relicto filio herede, relicto item fratre, decessit: filius ante aditam hereditatem moritur, institutus extraneis, quæritur, utrum successio ad extraneos, an vero ad patruum perveniat?*
2. *Hereditas non adita ad heredes ejus, cui delata erat non transmittitur.*

Pater decessit relicto filio vel herede instituto, vel legitimo herede relicto, decessit idem et relicto fratre suo, eodemque filii patruo. Filius defuncto patre priusquam adiret hereditatem, aut bona hereditaria patris attingeret, statim decessit institutis forte extraneis heredibus. Hic successionem defuncti fratris vindicat frater ejus superstes, de quo dixi, aut vindicat res hereditarias singulas. Contra heredes defuncti filii eam successionem ad se pertinere contendunt. Quæ-
1 stio est, † ad utros pertineat successio defuncti patris? Quæstio in eo, utrum patris hereditas filio adhuc viventi quæsita esset? Nam quæsita sit, transmittitur ad heredes suos; sin minus, datur locus fratri defuncti legitimo heredi. Horum utrumque efficitur ex defuncti hereditate: nam hereditas hujus filii de quo quæritur, est successio in universum jus quod is filius moriens habuit, non in jus alienum, L. *hereditas, de reg. jur.* L. *nihil aliud, de verb. sign.* Inde mota controversia fratri defuncti patris, consulit Imperatorem, quid juris.

Rescriptum est accommodatum ad eam dubitationem, de qua dixi, hac distinctione: referre, utrum filius, de quo quæritur, fuerit in potestate morientis patris, an vero fuerit emancipatus, vel alio modo sui juris factus vivo adhuc patre. Si in potestate patris, statim heres exstitit, idest, ipso jure sine alia aditione, aut immixtione, §. *sui, Instit. de hered. quæ ab intestat. L. in suis et legitim.* et clausis etiam tabulis testamenti. Quod hic adjectum est, propter jus vetus, quo cautum erat, hereditatem non posse adiri ante apertas tabulas testamenti, L. *unica*, §. *in novissimo, infr. de cad. toll.* Sed hoc jus locum habebat in extreneis heredibus, quibus non potuit acquiri hereditas, nisi certis de jure suo. Non videbantur enim juris sui certi esse posse, priusquam tabulæ aperirentur, ex quibus de jure suo cognoscerent. At in suis heredibus, quemadmodum destinatio animi, et certitudo juris sui non desideratur, semper placet hoc jus ad suos heredes non pertinere. Et hoc est, quod dicitur, aperturam testamenti jus sui heredis non mutare, idest, non impedire eos, quo minus jure heredes exsistant, sive apertæ sint tabulæ, sive non, L. 2. §. *apertura, de hered. Instit.*

Scriptum quidem est, *L.* 5. §. *ult. de jur. et facti ignor.* qui ex asse heres est, posse petere bonorum possessionem, etiam ante apertas tabulas. Sed aliud juris est in hereditate adeunda. Hæc non poterat adiri olim, nisi apertis tabulis. Sed hoc jus hodie sublatum est, et effectum, ut non tantum sui heredes clausis tabulis heredes exsistant, sed etiam ut clausis tabulis adiri possit hereditas

ab

ab extraneis heredibus, *d. §. in novissimo*, *inf. de cad. toll.*

Hereditate hoc modo jure filio quæsita, consequens est, quod hic dicitur, fratrem superstitem ad fratris successionem accedere non posse. Nam si filius is, qui heres patri exstitit, alios heredes instituit, quam hunc fratrem, patruum suum, ad institutos pertinet et filii et fratris hereditas. Si filius intestatus decessit, pertinebit quidem hereditas, et successio ad hunc fratrem, ut legitimum heredem ejus; sed non pertinebit ut successio fratris, sed ut successio filii, cui jam ante erat quæsita. Quod si filius hic sui juris fuerit vivo patre, et non adita hereditate decesserit, non quæsivit hereditatem, ut initio dixi. Proinde mansit semper hereditas: ex quo consequens est, eam pertinere ad omnes heredes patris defuncti legitimos: inter quos cum sit defuncti frater, consequens est, hereditatem ad eum pertinere, si adierit hereditatem, aut quovis alio modo agnoverit. Quod si defuncti fratris hereditas ad eum pertinet, etiam in rerum singularium dominium succedit, sine alia rerum singularum apprehensione, L. *cum heredes*, *de acquir. hered.* Quod rursum, si ita est, efficitur, quod extremo hoc loco dicitur, hunc fratrem defuncti fratris res hereditarias singulas jure vindicare posse, seu in rem actione petere et consequi, ut a quovis possessore sibi restituantur. Nam in rem actio competit ei, qui jure gentium, aut civili acquisivit dominium, *L. in rem*, *de rei vindic.* Obiter † 2
hic illa sententia notanda est, hereditatem non aditam, ad heredes ejus, cui delata erat, non transmitti, de quo plura ad L. *quoniam infr.*

Ad L. Filiofam. 4.

Imp. Decius A. Athenaidi.

Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solemnitati juris satisfactum videri, sæpe rescripum est, PP. X. Kalend. Mart. Decimo A. et Grato Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditas servo, aut filiofamilias delata domino, vel patri non acquiritur, nisi volentibns et adire jubentibus.*
2. *Hereditas filio delata, an patri, si consentiente filio pro herede se gerat, acquiratur*, et num. 4.
3. *Pro herede se gerere quis dicatur?*
5. *Post constitutionem Justiniani, an ad hereditatem filio acquirendam, et patris jussus et filii consensus sit necessarius.*

PER servum et filiumfamilias qui in potestate nostra sunt, cæteræ res acqui-
1 runtur etiam nobis invitis. Hæreditas † autem illis delata non acquiratur, nisi volentibus nobis, atque ideo jubentibus, ut hereditatem adeant, *L. acquiritur*, *L. etiam invitis*, *de acquir. rerum domin.* Quod hac ratione constituitur, quia cæteræ res singulæ acquiruntur sine onere et incommodo nostro, hereditas autem æri alieno nos obligat, *L. pure*, *de acquirend. hered.* L. *si hereditas D. mandat. L. ult. supr. de hered. actio.* Ratione civili et naturali permissum est unicuique alterius conditionem meliorem facere inviti et ignorantis, deteriorem autem facere non licet, *L. solvendo*, *de negot. gest.* Ob hanc caussam jus ita consitutum est, ut sive servo hereditas delata sit, sive filiofamalias, jussus patris et domini præcedere debeat, sequi aditio filiifamilias, aut servi, *L. si quis mihi bona*, *§. jussum*, *de acquir hered.*

Hinc † quæsitum est, an hereditas filio- 2
familias delata acquiratur patri, si consentiente filio se pro herede gerat? Dubitationis caussa manifesta est ex eo, quod supra dixi. Nam hic non mandat pater, ut filius hereditatem adeat, sed filius mandat patri, aut consentit, ut pro herede se gerat. Præterea

terea filius hereditatem non adit, sed pater solus pro herede se gerit. Itaque utrumque contra supra scriptam sententiam fieri videtur, ideoque nec videtur hereditas patri hoc modo acquiri posse. Hic rescriptum est: nihilominus hoc modo recte acquiri; quia solemnitati juris satisfactum sit. Hoc vero dicitur; satisfactum enim est in hac specie solemnitati juris, si non secundum verba, at secundum sententiam superioris juris, si non recta, at certe per consequentiam. Nam primo pater pro herede gerendo declarat se velle hereditatem filii acquirere; ac nihil aliud egisset, si mandasset filio, ut ipse adiret. Nihil aliud enim hoc mandatum significaret, quam patrem velle sibi hereditatem acquiri, ut sic intelligatur hereditatem sibi non acquiri invito, juxta L. *qui in aliena*, *de acq. her.*

Sed hæc in proposita specie voluntas patris de acquirenda hereditate præcedit, quandiu exigimus, ut jussus præcedat. Prius est enim, ut pater velit, hereditatem acquiri, quam ut acquirenti filio consentiat. Ergo hic omnino mandato et jussu patris præcedente confirmatur sententia. Quod ad aditionem filii attinet, hoc pro certo haberi debet, hereditatem filio delatam sine aditione filii acquiri non posse; nam nec delata servo acquireretur, nisi servo adeunte, L. 3. *supr. de instit. et substit.* Et merito; quia soli filiofamilias hereditas defertur judicio testatoris, aut legis, L. *qui liberis*, §. *ult. de vulg. et pup.* Sed intelligendum est, cum in proposito filius consentit, ut pater pro herede se gerat, hoc ipso, quod consentit, hereditatem adire videri. Nam hereditas patri acquiri non potest, nisi filio prius adeunte, ut dictum. Proinde filius permittendo id, quod est consequens, intelligitur simul velle id, quod est antecedens, nempe hereditatem adiri, argum. in L. *illud*, *de acquirend. hered.* Quinimo filius permittendo patri pro herede se gerere, hoc ipso intelligitur et ipse
3 se pro herede gerere. Nam † pro herede gerit, qui id facit, quod nisi heres facere non potest. At permittere patri, ut fiat heres, nemo potest, nisi filius, qui ipse heres est; quoniam nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, *L. nemo plus*, *de reg. jur.* Proinde filius hoc permittendo etiam pro herede se gerere intelligitur. Recte igitur dictum est in hoc rescripto: cum pater voluntate filii pro herede se gerit, solemnitati juris satisfactum esse, idest, perinde habendum esse, quasi jubente patre filius hereditatem adiisset, aut pro herede se gessisset.

Interim hoc rescripto et definitione ea, quam supra posui, constituitur hoc; Ubi † 4
filiofamilias hereditas delata est, hanc patri non acquiri, nisi aut filius mandato patris, aut pater voluntate filii hereditatem acquirat, et ita utriusque voluntatem in hac acquisitione concurrere debere. Videri potest huic sententiæ adversari L. *qui in aliena*, §. 11. *de acquiren. hered.* ubi scriptum est: Filiofamilias delata hereditate, si pater diu possederit hereditatem, videri ipsum et hereditatem admisisse. Item L. *si filiusfam. supra*, *de pet. her.* ubi converso modo dicitur, si filiusfamilias delatam sibi hereditatem per longum tempus possederit, videri commodum hereditatis patri quæsivisse. Sed hi loci non obstant; quoniam in his non agitur de acquirenda hereditate filiofamilias delata, sed de probatione acquisitionis. Si de acquisitione quæritur, utriusque voluntas est necessaria et filii et patris, ut hic declaratur, neque refragatur id superioribus locis. Sive enim pater possideat hereditatem, exigimus, ut filio consentiente id fiat; sive filius ipse possideat, exigimus, ut fiat voluntate patris: alioqui hereditas invito non acquiritur. Sed si quæratur, an pater filio, aut filius patri consenserit? Illis locis ostenditur, id non solum testibus probari posse, sed etiam longa hereditatis possessione.

Quæritur, † an hodie post constitutionem 5
Justiniani, jussus patris et consensus necessarius sit ad hereditatem acquirendam, quæ filiofamilias delata sit? Nam constituit Justinianus omnium adventitiorum proprietatem filiofamilias acquiri, et inter cætera etiam delatæ hereditatis proprietatem, L. *cum oportet*, L. *ult. infr. de bon. quæ lib.* §. 1. *Inst. per quas person.* Et puto hodie utriusque consensum non esse necessarium; si filius adire hereditatem voluerit, licebit ei hoc facere etiam ignorante patre; nam potest adire etiam patre invito, L. *ult. inf. de bon. quæ lib.* multo igitur magis ignorante patre, L. *qui potest*, *de reg. jur.* Quod si filius hereditatem adire volet, fit potestas patri hereditatis adeundæ, idque sine voluntate filii qui jam repudiarit, *d. L. ult.* Quod si filius hereditatem patri acquirere volet, hic quidem voluntas patris necessaria erit, ne invitus pater obligetur hereditati. Sed non est necesse etiam hoc casu utriusque consensum intervenire. Nam repudiante etiam filio patri volenti hereditas acquireretur, ut dixi. Neque tamen sublatum est jus, quod hic traditur, et *in d.* L. *si quis mihi bona.* §. *jussum. D. de acq. her.* Nam si filiofamilias hereditas delata est contemplatione patris,

hæc

hæc videtur a patre potius profecta, et patri acquiretur per filium *arg. in* L. *sed si plures*, §. *in arrogato*, *de vulg. L. profectitia*, *de jur. dot.* Porro etiam costitutionibus Justiniani bona profectitia ad patrem redeunt, eique acquiruntur pleno jure, *d.* §. 1. *Instit. per quas. pers. nob.* Proinde et in hoc quoque genere hereditatis necessarius erit consensus et jussus patris ad acquirendam hereditatem.

Ad L. Potuit. 5.

Impp. Valerianus et Gallienus. AA. Paulo.

Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere. PP. XVI. Cal. Jul. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pupillus an acquirere possit.*
2. *An omnis pupillus possit acquirere.*
3. *Pupillus quando acquirere possit.*
4. *Pro herede se gerere, item hereditatem adire, quid sit.*
5. *Pupillus an solus, an vero non nisi alterius, et cujus auctoritate acquirere possit*, et num. 6.
7. *Actus et voluntas pupilli ad hereditatem sibi per tutorem acquirendam necessario requiritur.*
8. *Caussæ, propter quas tutor pupillo invito acquirere nequeat.*
9. *Tutor pupillo invito possessionem bonorum acquirere non potest, et cur.*

PUpillo, idest, impuberi, qui non sit sui juris, L. *pupillus*, *de verb. significat.* delata est hereditas, sive quod heres institutus sit, sive quod tanquam proximus agnatus defuncti vocetur ad successionem. Circa hereditatem hanc acquirendam duæ sunt summæ quæstiones. Una, an ipse pupillus hereditatem possit acquirere suo facto? Altera, an possit tutor ei acquirere ejus nomine adeundo? In priore capite hæc quæruntur. Primo, an possit pupillus acquirere. Secundo, an omnis pupillus, etiam infans. Tertio, quando. Quarto, an solus, an vero non nisi alterius auctoritate. Quinto, cujus
1 auctoritate. Primum, † an simpliciter pupillus hereditatem acquirere possit, ideo quæritur; quia hereditas destinatione animi acquiritur, *L. si avia seq.* Nulla autem animi destinatio esse videtur in ea ætate. Et placuit pupillum delatam sibi hereditatem posse acquirere sibi, ut *hic*, *et* L. *pupillus*, *de hered. acquirend* Sed favorabiliter, ut dicitur in *d.* L. *pupillus*, idest, non summo jure, sed benignitatis caussa pro favore pupilli, ut hereditas acquiratur. Nam revera non est in his destinatio animi certa, Neque tamen, cum dicimus eum posse hereditatem acquirere, fit contra præcepta juris, quæ desiderant destinationem animi: quia quod judicio pupilli deest, suppletur auctoritate tutoris, ut est in *L. quanvis*, §. *ult. de acq. hered.*

Sed an † omnis pupillus hereditatem pos- 2
sit acquirere? Quod propter infantem quæritur, cujusmodi ætas pupillorum nullum intellectum habet, nec multum a furioso differre putatur, §. *pupilli*, *Instit. de inutil. stip.* Et placet etiam infantem posse acquirere se pro herede gerendo, ut est diserte scriptum in *L. servo*, §. *si pupillo*, *D. ad Trebellian.* Unde et sine exceptione juris, recte hoc loco definitum est de omni pupillo.

Sed obstat *d.* L. *pupillus*, *de acq. her.* ubi excipitur pupillus, qui fari non potest, cum dicitur, pupillum, qui fari potest, hereditatem posse acquirere. Obstat etiam conditio ætatis, cum in infante nullus sit intellectus. Respondeo: Observandum est in *d.* L. *Pupillus*, generaliter definiri, pupillum hereditatem acquirere posse: quo declaratur, posse eum acquirere quovis modo, et adeundo, et pro herede se gerendo. Cum ita definitur, recte excipitur infans; quia infans non potest quovis modo hereditatem acquirere. In hac autem lege non dicitur simpliciter pupillum successionem consequi pos-

posse, sed pro herede se gerendo, quorum utrumque recte dicitur, et inde est sequens
3 quæstio. Quando † pupillus, vel infans, vel major infante hereditatem possit acquirere? Et respondetur, quod major infante hereditatem acquirere possit adeundo, multo magis pro herede se gerendo, *L. si infanti.* §. *ult. h. t.* Infans autem pro herede gerendo acquirere potest, ut hic generaliter definitum est, adeundo acquirere non potest, ut declaratur in *d. L. servo*, §. *si pupillo*, *ad Trebell.*

4 Differentiæ ratio est: quia se † pro herede gerere, est tanquam dominus res tractare hereditarias, vel ad heredem pertinentes: hoc etiam potest facere heres infans, cum ei tanquam domino res in manus traduntur. Adire vero, est, verbis declarare voluntatem de agnoscenda hereditate, ut suo dicetur loco. Hoc vero infans præstare non po-
5 test, quia loqui non potest. Sed † an solus pupillus hoc modo, scilicet, pro herede se gerendo hereditatem acquirat, vetus fuit quæstio: propterea, quod cum de acquirendo agitur, non est pupillo necessaria tutoris auctoritas, *Institut. de auctor. tut.* Hic autem de acquirenda hereditate agitur, sed non solum de ea acquirenda agitur, verum etiam de pupillo obligando, quia hereditas nos æri alieno obligat, L. *more*, *de acquirend. hered.* Et ideo jam olim receptum est, nec hereditatem acquiri, nec bonorum possessionem, nec fideicommissum hereditatis pupillo restitui posse, sine tutoris auctoritate, §. *neque*, *Instit. de auct. tut.* Et hoc ita intelligendum est, nisi sit infans, L. *si infanti*, ut dicetur infra.

6 Desiderantur † autem hic nominatim auctoritas tutoris; quia curatoris auctoritas est ad acquirendam hereditatem inutilis pupillo, etiamsi fingamus curatorem datum esse pupillo tutorem habenti, ut in aliquibus caussis receptum est, L. *cum in una*, §. *ult. de appellation.* Idque commune est, quia curator rebus datur, non personæ. Tutor autem personæ, non rebus, §. 2. *Institut. de curat.* In hereditate autem acquirenda nova persona magis suscipitur, quam novum dominium: et per consequentiam dominium rerum suscipitur: nam heres in personam et locum defuncti succedit, L. *quædam*, §. 1. *de edendo.* Unde dicitur heredis personam eandem esse cum defuncti. *Novell. de jureiurand. a mor. præst. in medio.* Sciendum tamen est, si pupillo tutor non sit, posse pupillum adire magistratum, cujus decreto si hereditatem agnoscet pupillus, solemnitatibus juris satisfactum est, et hereditas pupillo acquiretur, L. *si infanti*, §. *ult. infr. L. bonorum*, *supr. qui admit. ad bonor. poss.* Hæc de hereditate pupilli per ipsum acquirenda.

Hic dixerit aliquis, cur laboremus, an hoc, an illo modo, an hujus, an illius auctoritate hereditas acquiratur: cum sit compendiaria via ad acquirendum, si tutor, qui judicio valet, potest ejus nomine adire hereditatem, eique acquirere? Et ne frustra in superiori definitione laboraverimus, subjicitur hic, quod ad posteriorem quæstionem pertinet. Nempe † ipsius pupilli actum et 7
voluntatem ad acquirendam hereditatem necessariam esse. Tutorem autem ipso ignorante ei acquirere hereditatem non posse. Quod ait rescriptum: actum et voluntatem pupilli in acquirenda hereditate esse necessariam, videtur adversari. §. *ult. Institut. de hered. qual. et differ. et L. si avia*, *seq.* ubi traditur hereditatem sola animi destinatione, et sola voluntate acquiri.

Respondeo: hæc non sunt contraria. Nam hereditas non acquiritur, nisi aut pro herede gerendo, aut adeundo, idest, verbis voluntatem suam testando de acquirenda hereditate, ut explicatur in *d.* §. *ult. Instit. de hered. qual. et differ.* Proinde si pupillus se pro herede gerit, hic manifeste utrumque requiritur, et actus gestionis, et voluntas, quatenus voluntatis pro suo captu capax est. Sed etsi pupillus hereditatem adit, hic quoque utrumque requiritur et actus et voluntas. Voluntas, ut velit hereditatem agnoscere; deinde actus, ut hanc voluntatem testetur, ut est in dicto §. *ult. Instit. de hered. qual. et differ.* Et quod dicitur sola animi destinatione hereditatem acquiri, id intelligendum est, ita sola destinatione, quæ tamen testata est, *d.* §. *ult.*

Quod † additur: tutorem pupillo hereditatem acquirere non posse, duabus de caussis 8
recte constituitur. Primo, quia nemo hereditatem acquirere potest, nisi cui delata sit, *dict. L. si quis extraneus*, §. 1. *acquir. hered.* Defertur autem hereditas pupillo, non tutori; deinde hereditas obligat nos æri alieno, ut supra dictum. Tutor autem invitum pupillum hereditati obligare non potest, non magis, quam filius patrem, aut servus dominum, *dicta L. qui in aliena.* Quod † de heredi- 9
tate dicimus, idem etiam de bonorum possessione dicendum videtur, tutorem invito pupillo bonorum possessionem acquirere non posse, ob eam, quam dixi, caussam. Non obstat L. *tutor*, *et* L. *si pupillo*, *de bonor. possess.* L. *bonorum*, *sup. qui ad bonorum*

pos-

possess. adm. ubi constanter traditur, tutorem pupillo bonorum possessionem petere posse. Aliud enim est bonorum possessionem petere pupillo, aliud possessionem ipsi acquirere. Prius recte fit, sed non acquiritur pupillo, nisi aut jam ante consenserit, aut petitionem postea ratam habuerit, argumentum in L. 3. §. *acquirere*, *de bonor. possess.* Hæc tamen temperata est in L. *si infanti*, *infra*, in infante, de quo constituitur, ut tutor ejus nomine hereditatem adire possit. Secundum quam exceptionem et L. *potuit*, interpretanda est, juxta regulam juris, in toto jure generi per speciem derogatur, L. *in toto*, *de regul. jur.*

Ad L. Si avia. 6.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Philippæ.

Si avia tua patrem tuum ex duabus unciis scripsit heredem, ex sola animi destinatione pater tuus heres fieri poterat. Igitur, si testamento suo easdem uncias ad te pertinere decrevit: apud rectorem provinciæ duarum unciarum jus persequi poteris, PP. XVI. Calend. August. Sirmii ipsis IV. et III. A. Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditatem aperte non agnoscens, si vel in testamento, vel alibi dixerit, se velle, ut hereditas ad heredes suos perveniat, hoc ipso heres fit, et hereditatem transmittit.*
2. *Hereditas unde adita intelligatur.*

1 QUI † hereditatem sibi delatam aperte verbis non agnovit, ut diceret se velle heredem esse, neque quidquam hereditarium in ea hereditate attigit, si moriens in testamento, aut alibi dixerit, se velle, ut ea hereditas ad heredes suos vel institutos, vel legitimos, perveniat, hoc ipso heres fit, et hereditatem transmittit ad heredes. An quod hic de hereditate aviæ agitur, quæ ex constitutione Theodosii filio delata transmittitur ad nepotes etiam non adita? L. *un. inf. de his, qui ante aper. tabul. hered. transm.* Minime: nam nondum edita illa Theodosii fuit constitutio. Itaque non potuit hic dici hereditatem transmitti ad nepotem, nisi quia

2 a patre erat adita. Sed unde † aditam intelligimus, cum non acquiratur hereditas, nisi aliquo modo heres testatus sit voluntatem suam de hereditate acquirenda, §. *ult. Inst. de her. qual. et differ.*

Respondeo, qui dixit se velle, ut hereditas sibi delata ad suos heredes perveniat, satis declaravit, se velle eam hereditatem matris ad se pertinere, ideoque se heredem esse: nam nisi quæsita esset ei hereditas non perveniret ad ejus heredes, ut tempore hujus rescripti jus fuit: qui voluit aliquid id etiam voluisse intelligitur, quod necessario antecedit, L. *illud*, *de acquir. hered.* Proinde qui se velle dixit hanc hereditatem pervenire ad extraneos, eam ad eos transmittet.

Ad L.

Ad L. Quoniam 7.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Eusobino.

Quoniam sororem tuam prius defunctam esse proponis, quam agnosceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictum: manifestum, atque evidens est, antequam pro herede gereret, vel bonorum possessionem admitteret, defuncti, successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere. PP. Kal. Maii, Thiralli AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditatem, quam quis sibi delatam ignorat, adeundo, vel pro herede gerendo acquirere nemo potest.*
2. *Hereditas non adita, quanvis sine vitio heredis adita non sit, ad heredes non transmittitur.*
3. *An jus adeundi ad heredes transmittatur.*
4. *Hereditas non adita certis in casibus ad heredes transmitti potest.*
5. *Caussa, cur hereditas non adita transmitti possit, duplex assignatur.*

HIC statuuntur duæ sententiæ, quas initio hujus tituli attigi. Prior † est:
1 neminem posse adeundo, aut pro herede gerendo hereditatem acquirere, quanvis sibi delatam, si ignoret eam hereditatem sibi delatam esse, quæ sententia expressa est *in* §. *ult. Instit. de hered. qual.*

2 Altera † sententia est, hereditatem non aditam, quanvis sine vitio heredis adita non sit, ad heredes ejus non transmitti; regula juris antiqui, quæ refertur et confirmatur L. *unica*, §. *in novissimo*, *infr. de ead. tollend.*
3 Sed an † heres jus adeundi saltem, quod habuit, ad heredes suos transmittit? Et regulæ sententia hæc fuit: neque hereditatem, neque jus hereditatis adeundæ transmitti. Quod optima ratione constitutum est. Nam heres heredis qui hereditatem non adiit, aut voluit eam hereditatem adire ut hereditatem sui antecessoris, et id facere non potuit, quoniam illi quæsita non fuit: aut voluit adire ut hereditatem ejus cujus jussu et a quo delata erat suo antecessori; et hoc multo minus facere potuit, quia illius non est heres. Cum igitur nullo jure possit hanc hereditatem acquirere, bene statuitur hanc hereditatem ad eos non transmitti.

4 Hoc tamen † jus non est perpetuum, sed quibusdam in casibus hereditas non adita ad heredes transmittitur; quod statuitur partim ex persona, partim ex caussa. Ex personis tunc, cum agitur de hereditate parentum in liberos trasmittenda, de qua est constitutio Theodosii L. *unic. inf. de his, qui ante aper. tab.* cujus mentio est in *d.* §. *in novissimo, de cad. toll.*

Caussa, † cur placeat hereditatem non aditam transmitti, est duplex. Prima, si heres, cui jus deliberandi tribuitur constitutione, intra tempus ad deliberandum præstitutum decesserit, L. *cum in antiquioribus*, *infr. hic*, cujus item mentio est in *d.* §. *in novissimo.* 5

Altera caussa est, si is, qui legitimus heres esse poterat defuncto, institutus sit ab eo, testamento suo, in quo is, qui in utero erat, præteritus sit. Nam si hic, dum pendet an postumus nascatur, nec ne, decesserit, non adita hereditate: placet ejus heredes petere posse bonorum possessionem ex æquo et bono, *L. illud*, §. *ult. L. sequen. de bonor. possess. contra tabul.* L. *ventre*, *de acquirend. hered.* Has quoque exceptiones attigimus supra ad *L. emancipata*, *supr. qui ad bon. poss. admit. poss.*

Ad L.

Ad L. Licet. 8.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Claudio.

Licet incontinenti sui heredes se paternis non immiscuerint bonis: tamen ignorantes delatam sibi esse hereditatem, longi temporis præscriptione, quo minus hanc recte vindicent, excludi non possunt S. XVII. Calend. Januar. Sirmii. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *An vindicanti hereditatem obstet longi temporis præscriptio.*
2. *Quid si possessor triginta annis possederit hereditatem?*

Filius, qui in potestate patris morientis fuit, patri defuncto exstitit ipso jure suus heres, etiamsi ignoret patrem defunctum esse, *L.* 3. *supr. hic.* Heres factus hereditatem sui juris recte vindicat a quibusvis possessoribus, qui hereditatem pro herede, ut possessores possident, L. *regulariter*, *D. de hered. petit.* L. *hereditas*, *supr. d. titul. de*
1 *pet. hered.* Quæsitum † est, an vindicanti obstet longi temporis præscriptio, si is, a quo hereditas vindicatur, bona fide eam hereditatem longo tempore possederit, idest, 10. annos inter præsentes, 20 inter absentes, L. *ultim. infr. de long. temp. præscript.* L. *ult. de usucap. transfor. infra.* Movent quæstionem constitutiones, quibus efficitur, his, qui rem aliquam bona fide et justo titulo initio possident, competere præscriptionem longi temporis, L. 2. *et tot. tit. infr. de præscr. long. temp.* Et placet hereditatem vindicanti non obstare longi temporis præscriptionem, quicunque heres sit, qui herditatem vindicabit, ut hic traditur, et L. *hereditatis*, supr. *de pet. hered. leg. diutina*, infr. *de græscript. long. tempor.* L. *hereditatem*, infr. *in quibus caussis long. temp. præscript. cess.*

Non obstat, quod longi temporis præscriptio bonæ fidei possessori datur. Non enim solum hac conditione datur, si quis bona fide possederit, sed hoc amplius, si justo titulo, *d.* L. 2. *et L. penult. L. nullo*, *de rei vindicat.* Is autem, a quo hereditas petitur, nullo jure possidet: quæ ratio significatur in dicta L. *diutina*, *infr. de long. tempor. præscript. et* dicta L. *hereditatem*, infr. *in quib. caussis cess. long. temp. præscript.* idque intelligitur ex definitione possessionis. Nam petitio hereditatis competit adversus eum, qui pro herede, prove possessore possidet, *d.* L. *regulariter*, *de hered. pet.* Is autem possidere dicitur pro herede, qui putat se heredem esse, et non est. Pro possessore autem possidet prædo, idest, is, qui non putat etiam se heredem esse, L. *pro herede*, *in prin. et* §. *ult. cum* L. *seq. de pet. hered.* Neuter igitur istorum titulo possidet, cum neuter sit heres, nec illi prodest, si putet se heredem esse: non enim ideo heres est, quia se esse putat. Denique error tituli usucapionem non adfert, L. *Celsus*, *de usucap.* Quid si † possessor hereditatis 30. an- 2
nis possederit hereditatem? Respondeo; Nocebit vindicanti heredi triginta annorum præscriptio, sive sit filius defuncti, sive extraneus, *L. sicut*, *infr. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum.*

Ad L.

Ad L. Si te bonis. 10.

Impp. Diocletian. et Maximin. AA. et CC. Sabinæ.

Si te bonis paternis major quinque et viginti annis immiscuisti: neque inopia patris te excusat, neque vis fratris portionem tuam vel testamentum eripientis arcere de exactione creditorum, qui jure civili pro hereditaria portione te conveniunt, potest. S. XVI. Kal. Jan. Sirmii, Cæsaribus Coss.

SUMMARIA.

1. *In suis heredibus idem valet immixtio, quod in extraneis aditio aut pro herede gestio; obiter utrunque quid sit.*
2. *Heres bonis paternis sese immiscens, si hereditas ejus solvendo non fuerit, utrum creditoribus ita teneatur, ut de suo solvere cogatur.*
3. *Quid si frater, vel alius portionem ejus hereditariam occupaverit, ut iis satisfacere non possit.*

1 QUod in extraneis † hereditatis aditio, aut pro herede gestio, id valet in suis heredibus immixtio. Heres extraneus hereditatem adeundo, aut pro herede gerendo fit heres, ita ut jure civili postea repudiare non possit. *L. infr. prox. tit.* Eodem modo et suus heres, cum se bonis paternis immiscuit, ita efficitur jure civili suus heres, ut nec jure prætorio habeat abstinendi facultatem *L. necessariis de acq. her.* In suis heredibus immiscere se bonis idipsum est, quod in extraneis pro herede gerere, idest, ita se immiscet filius bonis paternis, cum aliquid gerit tanquam heres patris, *L. eum bonis, de acq. her.* Sed extraneus dicitur adire et pro herede, idest, tanquam heres gerere; quia venit ad bona nondum quæsita, sed oblata tantum, idque facit, non quia jam sit heres, sed quasi heres. Suus autem priusquam sese immisceat patri heres est, et dominus rerum hereditarium: ideo si eas res attingit, dicitur se suis bonis immiscere.

Et hæc de majore 25. annis herede dicta sunt, ut initio hujus rescripti dictum est; quia minor sive hereditatem adierit, cum esset extraneus, sive suus se immiscuerit, ita fit jure communi heres, ut tamen possit impetrare in integrum restitutionem, ut sibi repudiare, aut sese abstinere liceat bonis, *tit. si ut minor se abstineat. hered. sup.* Hæres ita † factus, ut supra dictum est, statim 2
obligatur creditoribus hereditariis, de quo effectu hic agitur, quæriturque primum, quid si hereditas ejus non fuerit solvendo?

Respondetur, eum nihilominus obligari hereditariis creditoribus, pro qua parte heres est, ut si non solvendo sit hereditas, de suo dependere cogatur, L. *more, de acq. hered.* Rursum † quid si hujus heredis frater, vel 3
alius portionem ejus hereditariam ei occupavit, ut non habeat, unde satisfacere possit creditoribus? Respondeo, hoc ei nihil prodesse adversus creditores, optima ratione: nam quod portio ejus hereditaria occupatur ab aliis, casus fortuitus est. Porro neque incendium, neque quivis alius casus fortuitus, ære alieno eximit creditorem, L. *incendium, sup. si cert. pet.* Præterea hæc ipsa occupatio injuria est, quæ fit heredi: injuriam sibi factam heres ad aliorum injuriam proferre non debet: seu injuria uni facta, non debet nocere aliis, L. *si per imprudentiam, in princ. de evict.*

Ad L.

Ad L. Renitente. 11.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Philumenæ.

Renitente te pater tuus, in cujus fuisti potestate, neque spem delatæ tibi legitimæ quærendæ successionis absumere, neque hereditarios manumittendo servos, his præstare libertatem potuit. S. VI. Id. Feb. Sirmii, CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Delata filiofamilias hereditate pater non potest invito filio repudiare hereditatem, vel eam acquirere, vel res hereditarias alienare.*

HEreditate filiofamilias delata, quanvis hereditas adita acquiratur patri in totum, aut saltem acquiratur ejus fructus; tamen soli filio hereditas defertur, ita ut nisi filio adeunte acquiri non possit; quia si recusabit hereditatem, cogi non potest. Hoc jus in servo herede instituto locum habet, multo magis in filiofamilias, L. 3. *sup. de instit. et substit.* Huc facit L. *qui liberis*, §. *ult. de vulg.* L. *si postumus*, *de lib. et postu.* Ex hoc jure hæc sunt consequentia, quæ
1 hoc rescripto traduntur: scilicet, delata † filiofamilias hereditate, patrem non posse invito filio repudiare hereditatem, vel eam acquirere, vel res hereditarias alienare, et in summa jus filii inviti imminuere facto suo non potest: non potest pater eam hereditatem repudiare sine filio, quia nec eo invito acquirere potest, *L. is qui heres*, §. *ult.* L. *is potest de acquir. hered.* Non potest pater eam herditatem acquirere invito filio, quia solus acquirere potest, cui delata est, *L. si quis extraneus*, §. 1. *de acquir. hered.* Filio autem delata est hereditas, non patri. Quod si pater invito filio acqnirere non potest, palam est, eum servos hereditarios manumittere non posse, res hereditarias vendere, aut de cæteris rebus statuere: hæc enim solus dominus facere potest, juxta regulam juris: *Nemo plus, etc. de reg. jur.* Jam autem effectum est primum dominum non esse. Hinc intelligi potest licere filio hereditate sibi delata procrastinare aditionem, et in id tempus rejicere dum sui juris efficiatur, ut sui juris factus hereditatem adeundo sibi acquirat in totum, et quod ad proprietatem, et quod ad usumfructum attinet, *L. non est dubium*, *inf. h. tit.*

Ad L.

Ad L. Non est dubium. 15.

Imp. Constant. A. ad Leontium *Comitem Orientis.*

Non est dubium, si priusquam filius jussu patris adierit hereditatem, propriæ potestatis effectus sit, arbitrio suo eundem hanc sibi potuisse quærere. Dat. XVII. Kal. April. Limenio et Catulino Coss.

SUMMARIA.

1. *Filiusfam. sui juris factus an suo arbitrio hereditatem antea sibi delatam adire possit, et si potest, utrum sibi, an patri acquirat.*
2. *Quæ dubitandi ratio.*
3. *Quare patri acquiratur, quod stipulatus est filiusfam. sub conditione, quandocunque ea extiterit; non autem hereditas filiofam. delata, et eidem jam emancipato quæsita.*

Filiofamilias delata hereditate, si priusquam adiret, sui juris factus sit, puta a patre emancipatus: quæritur, 1 † si postea hereditatem adire velit, utrum suo arbitrio possit, et si potest, utrum ei, an patri acquiratur eatenus, quatenus acquisitum esset, si dum erat in potestate, eam adiisset? Et respondetur, eum non solum arbitratu suo adire posse, sed etiam si adiret, sibi hereditatem acquirere in solidum, nihil patri. 2 Movebat † in contrariam sententiam exemplum stipulationis et contractum. Nam si filiusfamilias stipulatus sit sub conditione, si navis ex Asia venerit, quanvis emancipato eo conditio postea exsistit; tamen nihilominus obligationem et actionem acquiri patri, non filio, ut spectetur id tempus, quod ante fuit, non id, quo conditio exsistit. At hereditas cum defertur filiofamilias, omnino sub conditione acquiritur, si eam adeat; proinde si pendente conditione hac, sui juris fiat, et postea hereditatem adeat, eodem exemplo videtur dici debuisse hereditatem patri acquiri, non filio, ut spectetur id tempus, quo conditio exsistit. De conditionali stipulatione dictum est *in* L. *si filiusfamilias, de verb. obligat.*

Respondeo: exemplum nos movere non 3 debet. Nam inter omnes juris auctores † constat, differre in hac re stipulationes a testamentis, seu differre, utrum filiusfamilias stipuletur aliquid, et hoc sub conditione: an vero filiofamilias deferatur aliquid testamento. Sub conditione stipulatio fit, ut omnimodo acquiratur patri, quandocunque conditio exstiterit. Quod autem testamento relictum est sub conditione, id non aliter acquiritur patri, quam si filio manente in potestate, conditio exstiterit, L. *quæ legata, de regul. juris.* L. *si uxorem, infra, de condition. insert.* Idque significatur in dicta L. *si filiusfamilias, de verb. obligat.* Differentiæ ratio multum quæsita est, in quo aliis aliud videtur. Hæc ratio, quam dicam, certa est. Unumquodque per filium patri acquiri potest duabus de caussis, vel quia filiofamilias jam quæsitum sit; vel quia in eo acquirendo filiusfamilias aliquid fecerit. Nam quod filiusfamilias fecit, dixitve, quod ad acquirendum pertineat, id fecisse et dixisse pater videtur voce filii, §. *si vero*, §. *post mortem, Instit. de inutil. stipul.* L. *quodcunque, de verb. obligat.*

Ex hac ratione fit, ut stipulatio conditionalis a filiofamilias interposita, statim acquiratur patri; quia etsi pendente conditione nulla obligatio esse potest, quæ acquiratur vel patri, vel filio; tamen filius stipulatus est, ut proinde habendum sit, quasi pater stipulatus esset. Quod si pater stipulatus esset, nemo negaret, quandocunque conditione exsistente, obligationem acquiri patri. At in legatis et hereditatibus, quæ sub conditione deferuntur, vel expressa, vel tacita, nulla ex his caussis intercedit pendente conditione, propter quam caussam hereditas, aut legatum patri acquiri possit. Nam pendente conditione legati, aut hereditatis nulla res est, quæ acquiratur, etiam filio, nedum patri, arg. L. *cedere, de verb. signif.* Sed nec in legato, aut hereditate voluntas filiifamilias intervenit, qua legatum, aut hereditas deferatur. Hæc enim deferuntur sola voluntate testatoris sine facto heredis, aut legatarii. Manifesta igitur ratio est, cur neque legatum conditionale, neque hereditas patri acquiratur, si filio emancipato legati conditio exsistat.

Ad L.

Ad L. Nec emere. 16.

Impp. Arcadius et Honorius AA. Annodio.

Nec emere, nec donatum adsequi, nec damnosam quisquam hereditatem adire compellitur. Datum VI. Kal. Jan. Olybrio et Probino Coss.

SUMMARIA.

1. *Nemo rebus adhuc integris emere, aut vendere aut hereditatem adire cogitur.*
2. *Secus si res amplius integræ non fuerint.*
3. *Contrariæ diluuntur.*
4. *Quare hereditatem invitus quispiam adire non compellitur.*

1 NEmo † emere compellitur, aut vendere, *L. invitum, supr. de contrahend. empt.* quia emptio contractus est, et is, qui solo consensu perficitur, *L.* 1. §. *ult. de contrahend. empt.* Et quanvis solo consensu non perficeretur; tamen consensu vacare non posset, si esset contractus. Nullus est contractus sine conventione et consensu, *d.* L. 1. §. 1. *de pact.* Non consentit autem, qui cogitur; nihil enim tam contrarium est voluntati, quam vis, *L. nihil consensui D. de reg. jur. L*· 1. *D. quod metus caussa.* Sed
2 hoc ita est, † si ab initio de re emenda agatur rebus adhuc integris. Nam si quis partem communis fundi emerit, et judicio communi dividundo altera pars adjudicata sit emptori, hæc quoque pars venditori invito accedit, L. *Julianus*, §. *idem Celsus*, *de act. empt.* Quod item fit, quia qui semel partem emit voluntate sua, ea voluisse intelligitur, quæ necessario accederent. Idemque in hereditate acquirenda receptum est. Nam ab initio nemo cogitur subire hereditatem; si tamen hereditatis partem adierit quis, deinceps reliquorum coheredum portiones deficientes invitus accipiet, L. *quidam*, *infr. hic.* Nemo donatum accipere cogitur. *L. invito*, *D. de reg. jur.* L. *hoc jure*, §. *non potest*, *D. de donation.* *L. invitus*, §. *ult. de regul. juris.* Idque eadem ratione, qua nemo emere cogitur: quia nemo rem accipit, nisi volens, nec transfertur dominium, nisi cum ex utraque parte tradentis et accipientis concurrit affectus, L. *in omnibus*, *D. de obligat. et action.*

Non adversatur huic † sententiæ, quod di- 3
citur per servum etiam invito domino acquiri, *L. servus vetante*, *D. de verb. obligat.* L. *etiam invitis*, *D. de acquir. rer. dom.* Item quod dicitur, unumquemque pro debitore solvendo ignorantem et invitum debitorem liberare, *Instit. quib. mod. oblig. toll. in pr.* L. *solvendo*, *D. de neg. gest.* L. *solutionem D. de solut.* Nam nec donatum servo invito acquiri posset invito; sed a servo quæsitum acquiretur invito domino. Verum in persona domini non est donatum aut etiam simpliciter datum. Non enim ut datum dominus acquirit, sed ut rem, quæ servo data est, tanquam fructum servi percipit per consequentiam rei suæ, quemadmodum et fructus ex sua re perciperet et perceptos acquireret, L. *qui scit*, §. 1. *de usur.* Sed et illud, quod quis nomine debitoris solvit, creditori nunqnam invito acquiritur. Nam creditor nunquam accipiet, nisi volet, cum autem accepit, debitor invitus liberatur; non quia illi quicquam detur invito, sed quia invito obligatio adimitur, quod per rerum naturam facere licet. Eadem ratione † nec 4
hereditatem invitus quisquam compellitur adire: acquiritur enim hereditas extraneis heredibus volentibus, §. *ult Instit. de her. qual. et differ.* Acquiritur quidem hereditas necessariis heredibus etiam invitis, ut servis et filiis, qui in potestate morientis fuerunt, sed in his aditio est supervacua, *d.* L. *in suis*, *D. de suis et legit.*

Ad L.

Ad L. Cretionum. 17.

Impp. Arcad. et Honor. et Theodos. AAA. Anthemio, *præfect. præt.*

Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus. Dat. V. Kal. April. Constantinop. Honorio VII. et Theod. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditas heredibus extraneis quot acquiratur modis? et nu.* 7.
2. *Pro herede se gerere quid.*
3. *Adire hereditatem quid.*
4. *Adire hereditatem, et pro herede gerere, quid differant.*
5. *Adire hereditatem unde dictum.*
6. *Additio olim solemni verborum formula fiebat, et quæ illa.*
7. *Agnoscere hereditatem quid.*

ET *adeundi* verbum, quod supra usur-
patum est, et *cretionis*, quod hic com-
memoratur, nos admonet, ut quæramus, non
solum quid his verbis significetur, sed etiam
quibus modis acquiratur hereditas extraneis
heredibus, quem locum initio hujus tituli o-
1 biter attigimus. Et acquiritur † extraneis he-
reditas sola animi destinatione, L. *si avia*,
sup. sed hic animus declaratur, aut adeun-
do, aut pro herede gerendo. Unde totidem
modis hereditas acquiri dicitur extraneis he-
redibus; tot enim ponuntur in his locis, L.
cum in antiquioribus, *inf.* L. *et si quis*, §.
si quis, *D. de religios.* L. *quamdiu*, *insti-
tutus*, *D. de acquir. her.* Quæ genera ita
distincta sunt, ut neque qui adit, pro he-
rede se gerere, neque qui pro herede gerit,
secundum significationem verbi adire intelli-
gatur; unde dubitatio in L. *si quis mihi bona*,
§. *sed quid si*, *D. de acquir. her.* Pro herede
2 † gerere, est facere aliquid, quod non pos-
sis facere utiliter, nisi sis heres, ut *ad* L.
1. *et* 2. dictum. Sic dictum, quasi pro do-
mino gerere, §. *ult. Inst. de hered. qual.*
3 *et differ.* Adire † autem hereditatem est
aperte et recta profiteri, se velle heredem
esse: quod fit verbis, ut est *in d.* §. *ult.*
vel nutu, cum quis interrogatur, an velit
heres esse, et annuit, L. *servo*, §. *si pu-
pillo ad Trebell.* vel scripto, dum se velle
heredem esse scribit, arg. in L. 1. *de ac-*
4 *quir. her.* Ex † quibus definitionibus in-
telligitur, adire esse nudæ voluntatis; pro
herede gerere esse facti et administratio-
nis. Item adire, habere apertam profes-
sionem voluntatis de hereditate acquiren-
da: pro herede autem gerere nullam vo-
luntatis professionem habere, sed factum
ipsum, ex quo deinde ratiocinando animus
agnoscendæ hereditatis colligitur.

Adire † hereditatem ita dictum est, qua- 5
si dicas ire ad hereditatem ut eam habeas.
Unde pro verbo *adeundi* veteres hac usi sunt
formula, ut dicerent: eum heredem, qui
vellet heres esse, accedere ad hereditatem,
seu successionem, L. 3. *supr. h. tit* L. *ult.*
de acq. her. Aditio † olim fieri solebat so- 6
lemnibus verbis, ut discimus ex fragmentis
Ulpiani *tit. de hered. instit.* Solemnis autem
formula hæc erat: *Cum me Lucius heredem
instituerit*, *ejus hereditatem adeo*, *cernoque.*
Ex quo verbo postremo genus aditionis *cre-
tio* appellatum est. Tunc autem necesse erat
verbis his solemnibus hereditatem cernere,
cum testator heredem instituerat cum cretio-
ne, ut testis est ibidem Ulpianus, idest, cum
ita eum heredem instituerat, ut simul jube-
ret eum cernere hereditatem suam intra cer-
tos dies, quos illi præstituebat, ut vellet
eos dies utiles esse quibus sciret heres, pos-
setque cernere: interdum ita, ut vellet esse
continuos. Hoc posterius dicebatur cretio con-
tinua, quod exigeret dies continuos.

Prius cum faciebat, dicebatur cretio vul-
garis, quod vulgo testatores in cretione in-
jungenda, dies utiles exigerent, quibus heres
sciret, possetque hereditatem cernere, ad
quod allusit Antonius *Lib.* 2. *de orator.* cum
ita loquitur: *Et dicam*, *quod scio potero-
que*, *ut est in cretionibus.* Sic enim legen-
dum esse, post edita illa fragmenta Ulpiani
intelligimus, ut prius perperam et nullo sen-
su lectum sit, *ut est in conditionibus.* Hac
constitutione cretionum solemnitas sublata
est, postquam constitutione effectum est, ut
ad acquirendam hereditatem nihil interesset,
utrum

utrum quis pro herede gereret, an adiret, et in adeundo utrum solemnibus verbis uteretur, an non? Et hoc est, quod in §. *ult. Inst. de her. qual.* dicitur; *Quibuscunque verbis declaraverit quis voluntatem suam de acquirenda hereditate, hereditatem acquiri.* Neque eo minus tamen etiam nunc recte dicetur adiri et cerni hereditas: utrumque enim per translationem dicitur, et alterum sine altero in acquirenda hereditate esse non potest. Nemo enim adit hereditatem, idest, accedit ad hereditatem, ut acquirat, nisi cernat animo, tanquam suam, nec cernit quisquam, nisi qui prius ad eam accesserit, idest, uno verbo, qui eam adierit.

7 Manent † igitur duæ illæ species distinctæ, acquirendæ hereditatis, quas supra posuimus, aditio et pro herede gestio, neque plures species leguntur, ut apparet ex iis locis, quos de iis duabus speciebus supra retulimus. Neque adeo plures esse possunt, si hereditas sola animi destinatione acquiritur, ut acquiritur. Sunt tamen qui hac divisione usi sunt, ut dicerent hereditatem acquiri, aditione, pro herede gestione, cretione, immixtione, agnitione, quæ divisio ex ignorantia verborum, et manifesta imperitia juris nata est. Nam primum certi juris est, immixtione hereditatem acquiri non posse, nisi suis heredibus, in quibus solis locum habet immixtio, ut dictum ad L. *si te sup.* Nam sui fiunt heredes, sive se immiscuerint, sive non, ut dictum supra ad L. 3. Cum ipso jure illis hereditas quæsita sit statim ab initio: eam nullo suo facto postea amplius quærere possunt, §. *sic itaque, Inst. de action.* Jure quidem prætorio iis, qui se immiscuerint, denegatur abstinendi facultas, L. *necersariis de acq. her.* Sed non item immixtione acquiritur jure prætorio. Acquiritur ipso jure tam ex legibus, quam ex edicto prætoris, sed acquisita retinetur jure prætorio post immixtionem; quoniam si se immiscuerint, postea abstinere non possunt. Cretione autem acquirebatur olim hereditas, sed cretio nihil aliud erat, nisi aditio solemnis, ut testantur verba cretionum; *Ejus hereditatem adeo, cernoque.* Quæ verba conjunguntur, non quia diversæ hic res sunt adire et cernere, sed ut magis animus adeuntis intelligeretur.

Agnitionem autem distinguere ab aditione, et novam speciem acquirendæ hereditatis facere, summæ est imperitiæ. Nam † *agnoscere hereditatem* nihil aliud est, quam testari 8
se heredem esse velle, L. *si avia, supr.* Hoc autem nihil aliud est, quam hereditatem adire. Quod si propter verbum *agnoscendi* nova species acquirendæ hereditatis statuenda est, debuit etiam dici hereditatem acquiri admissione, amplexatione, susceptione. Nam et heredes cum adeunt hereditatem, dicuntur hereditatem admittere, L. 6. §. 1. *de acquir. her.* L. *quidam, infr. h. t.* Dicuntur etiam amplecti hereditatem, L. *quæsitum, D. de acquir. hered.* L. *si liberti supr. de bonis liber.* Dicuntur etiam suscipere hereditatem, L. *eum bonis, D. de acquir. her.* §. *ult. Instit. de hered. qual. et diff.* Sed hæc omnia plura verba sunt, sed unam eandemque rem significantia, nempe aditionem, et testationem voluntatis de acquirenda hereditate. Nam hæc tria, *agnoscere*, *amplecti*, *admittere hereditatem*, dicta sunt per translationem, ducta ab iis, qui aliquos tanquam amicos suos agnoscunt, pro suis amplectuntur, et salutati ad se admittunt et suscipiunt, ut probent se illos vere pro suis agnoscere, quod in hereditate acquirenda facit is, qui vult heres esse. Eadem translatio est in verbo *adeundi*, quod in prioribus verbis hereditas sic accipitur, quasi esset res mobilis, quæ ad nos veniat. In *adeundi* autem verbo sic de hereditate agitur, quasi res sit immobilis, ad quam accedamus, et ad quam intromittamur. Qua ratione heres cum adit hereditatem, non tantum dicitur hereditatem admittere, sed etiam dicitur eodem sensu admitti ad hereditatem, L. *si servus, D. de acquir. her. supr. qui admitti ad bon. poss. possunt.*

Ad L. Si infanti. 18.

Impp. Theodos. et Valentin. AA. ad Senatum.

Si infanti, idest, minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutæ, hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata a matre, vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis: licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere. ¶ 1. Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata ætate infans decesserit: tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, jure patrio quasi jam infanti quæsita capere. ¶ 2. Parente vero non subsistente, siquidem post ejus obitum tutor infanti sit, vel datus fuerit: posse eum etiam adhuc infante pupillo constituto ejus nomine adire hereditatem, sive vivo parente, sive post mortem ejus ad eum devolutam: vel bonorum possessionem petere, et eo modo eidem infanti hereditatem quærere. Sin vero vel non sit tutor, vel cum sit, ea facere neglexerit: tunc eodem infante in ea ætate defuncto, omnes hereditates ad eum devolutas, et non agnitas, ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatæ: et eo modo ad illas personas pærveniant quæ vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata. Ea vero quæ de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt et si quacunque caussa sui juris idem infans inveniatur. Si autem septem annos ætatis pupillorum excesserit et priore parente mortuo, in pupillari ætate fati munus impleverit: ea obtinere præcipimus, quæ veteribus continentur legibus: nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suæ ætatis ipse adire hereditatem, vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub ejus potestate sit: vel cum tutoris auctoritate, si sui juris sit, possit: vel si non habeat tutorem, adire prætorem, et ejus decreto hoc jus consequi. Dat. VI. Id. Novemb. Ravennæ, Theodosio XII. et Valentiniano II. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditatem infanti, qui parentem masculum habet, delatam solus pater infantis nomine adire, eique acquirere potest.*
2. *Pater hereditatem infanti delatam adire negligens, eam, mortuo infante, jure patrio capere potest, et hic* jure patrio *capere quid sit.*
3. *An hæc lex sit* Novella constititutione de hered. ab intest. venientib. *abrogata.*
4. *Hereditas infanti delata, si defuncto parente in tutoris sit potestate, quomodo acquiratur et ad quos transmittatur? et n.* 5.
6. *Hereditas, tutore non adeunte, ad quem post mortem infantis transmittatur.*
7. *Hereditas patris filiofamilias infanti quæritur etiam non adita, eaque transmittitur ad hereredes.*
8. *Hereditas pupilli, qui major est infante, quomodo et acquiratur et transmittatur.*

HAc lege jus constituitur inprimis animadversione dignum de hereditate, quæ pupillo delata sit, tum acquirenda, tum non quæsita transmittenda. Sic quoque aliud jus lex constituit in infante, aliud in eo, qui sit major infante. In infante utraque in par-

parte, idest, tum in acquirenda, tum in transmittenda hereditate lex jus constituit singulare et novum, a quo posterioribus constitutionibus recessum non est. In eo autem, qui major est, jus antiquum obtinet. Rursum in infante distinguitur is infans, qui patrem, aut alium parentem masculum habet, ab infante, qui parente mortuo est in potestate tutorum. De eo, qui patrem habet, jus est constitutum *in prin. et vers.* 2. Ac primum de hereditatis infanti acquirendæ ratione, ad hanc sententiam.

1 Quæcunque † hereditas delata erit infanti, qui parentem habet masculum, hanc pater solus infantis nomine adire potest, eique acquirere. In quo si regulas juris sequemur, multa sunt, quæ huic sententiæ adversantur; sed, ut dixi, jus singulare est constitutum et novum, ideo quæ contra dicuntur, nihil negotii est diluere. I. Opponitur *L. potuit*, *supr. h. t.* ubi cavetur hereditate pupillo delata ipsius actum et voluntatem esse necessariam in hereditate accipienda. Respondeo: hac lege infantem excipi, in quo propter utilitatem infantis ab eo Jure consulto discessum sit, et merito. Nam infans neque hereditatem adire potest, ut illius dominus, neque pro herede ullo modo gerere, si vere judicare volumus. Nam pro herede gerere facti est, sed et nihilominus animi est, nec quisquam gerit, nisi qui animo agnoscit hereditatem, *L. pro herede*, *L. gerit*, *D. de acquir. her.* Proinde priusquam hereditas infanti amittatur, recte constitutum est, ut ei acquireretur a patre, quanvis ipso ignorante, nec consentiente, qui alioqui nullum intellectum habet, §. *pupillus*, *Inst. de inut. stip.*

Pugnat etiam hoc jus cum regula juris de acquirenda hereditate. Nam quibus ex caussis repudiari hereditas non potest, iisdem nec acquiriri potest, L. *si quis extraneus*, §. 1. *de acquir. her.* Pater autem sine consensu infantis repudiare hereditatem non potest, *L. his*, *qui heres*, §. *ult. de acquir. her.* Proinde nec secundum hanc regulam acquirere potest ignorante infante. Sed hic jus singulare est pro utilitate infantis constitutum, ut ei acquiratur hereditas. Postremum est commune jus, quo constitutum est, ne cui hereditas ignoranti acquiratur et invitus obligetur æri alieno, *L.* 6. *in pr. de acquir. her.* quo placet pupillum, ne auctore quidem patre, obligari posse, *L. ult.* §. *pupillus de verb. oblig.* Sed et hic, ut dixi, jus singulare est, ubi non de obligando tantum infante agitur, sed de hereditate ei acquirenda: neque iniquum est, infantem ignorantem, per consequentiam obligari. Nam si majora sunt commoda hereditatis, quam incommoda, nullum damnum est infanti hereditatem acquisivisse. Quod si majora erunt incommoda, quæ præter spem emerserunt, ut fit, ne hoc quidem ei damnosum est; quia licet ei, cum adoleverit, aut sui juris factus fuerit, impetrare in integrum restitutionem, *L. ult.* §. *ubi autem*, *inf. de bon. quæ liberis.*

Ut autem singulare jus est in ratione hereditatis infanti acquirendæ, cum patrem habet, ita et singulare jus est in hereditate transmittenda. Nam hic in *vers.* 2. ita constituitur: Si † pater hereditatem infanti de- 2
latam adire neglexerit, patrem eam hereditatem mortuo infante jure patrio capere posse, quasi infanti fuisset quæsita. In quo primum singulare jus est, quod constituitur de hereditate transmittenda, quæ adita non fuerit, neque ab infante, neque a patre. Est enim contra regulam juris; quia hereditas non adita non transmittitur, *L. un.* §. *in novissimo*, *inf. de caduc. tollen.* Et ideo hic casus notandus est, et adjiciendus his, in quibus regulam juris locum non habere dixi ad L. 1. *sup.* Deinde et illud singulare, quod placet, hanc hereditatem non transmitti ad heredes quosvis infantis, sed ad parentem masculum duntaxat. Ait enim constitutio, *jure patrio*: deinde in §. *sin vero*, *eadem lege*, constituitur ita, si infans, qui non habet parentem, decedat hereditate non adita, ut hereditas non transmittatur ad ejus heredes, sed redeat ad eos, ad quos pertineret, si infanti non esset delata.

Hic quæsitum est, quo jure pater eam hereditatem capiat et an capiat jure peculii: nam quotiescunque filiusfamilias intestatus decedit, ut hic infans qui fuit in potestate decessit, toties pater bona filii occupat tanquam sua, peculii jure, etiamsi essent bona castrensia, aut quasi: multo magis si erunt adventitia? L. 2. *de pecul. castr.* Hoc autem ideo quæritur; quia si pater hanc hereditatem peculii jure occupat, eam capit ipso jure sine ulla aditione, suo jure, eoque etsi ea adita non erit, nihilominus eam transmittet ad quoscunque heredes. Et dicendum est, eam hereditatem patrem peculii ratione et jure occupare non posse. Prius est enim, ut ea hereditas fuerit in peculio infantis, ut tanquam peculium infantis occupari possit. Nunc autem in peculio infantis esse non potuit, cum illi non fuerit quæsita. Præterea hanc hereditatem peculii jure non ca-

capere patrem, argumentum certissimum est, quod placet in hac ipsa constitutione eam hereditatem etiam ad parentem pertinere, si infans sui juris fuerit, non in potestate patris, *vers. ea vero.* Infantis vero et ejus filii, qui in potestate patris non est, nullum peculium est, L. *ult. quando act. de pecul.* L. *ult. cir. fin. sup. de inoffic. test.*

Sed an pater hanc hereditatem capit tanquam heres? Respondeo: nec id quidem, alioqui si tanquam heres caperet, etiam ea hereditas ad reliquos infantis heredes pertineret, ubi pater non esset, quod secus est; §. *sin vero, infr.* Quo jure igitur capiet? Id expressum est in constitutione. Capit jure patrio, idest, ut heres quidem, sed non solum ut heres, verum etiam ut pater, ac nisi pater esset, non caperet, in quo singulare jus perspicitur patris caussa maxime constitutum.

3 Hoc loco quæsitum † est, an recessum sit ab hoc jure *ex Novell. constit. Justin. de hered. ab intest. venientibus.* §. 1. Cujus summa comprehensa est in *Auth. defuncto, inf. ad Tertull.* Nam illic constitutum, si quis intestatus decesserit sine liberis, relicto patre et matre et fratribus, hereditatem inter ipsos ex æquo dividi, non solum ad patrem pertinere. Num ergo idem dicemus in hac hereditate infanti delata, quæ non adita ad patrem jubetur pertinere? Respondeo, speciem hujus legis ad constitutionem Justiniani non pertinere ullo modo, et ideo manere hujus legis constitutionem. Nam Justiniani constitutio loquitur de hereditate defuncti, quam vult inter suprascriptas personas ita dividi, ut diximus. Nunc autem ea hereditas, de qua ibi agitur, infantis non fuit. Non obstant verba hujus constitutionis, cum dicitur, patrem eam hereditatem capere, quasi infanti esset quæsita. Hæc enim verba sunt similitudinis, quæ non significant vere quæsitam esse, sed cum de transmittenda agitur, perinde habendam esse, quasi quæsita esset, ut acquiratur patri, sic in *L. precibus, de impub. in fin.* dicitur hereditas restitui, verum ex caussa fideicommissi; ubi tamen nullum fideicommissum est.

Hæc de infante, qui parentem habuit.
4 Quod † si parente defuncto infans sit in potestate tutoris: hic singulare jus est in ratione acquirendæ hereditatis: in transmittenda autem hereditate jus antiquum est. Nam *in §. parente*, ita statuitur, etiam tutorem infantis nomine hereditatem adire posse, eique quærere quod hic singulare est, constitutum contra L. *potuit, sup.* et contra eas rationes, quas illic reddidimus. Sed hoc, ut dixi, infantis caussa est constitutum, cum per ipsum hereditas quæri non posset, ut qui nullum intellectum habeat.

Et † notandum tutore ita adeunte, sic 5 acquiri infanti hereditatem, ut eo mortuo transmittatur ea hereditas ad quosvis ejus heredes; tum enim solum non transmittitur, cum hereditas a tutore adita non est, ut est in §. *sin vero*, ubi colligitur differentia notanda inter infantem et furiosum. Nam si furioso hereditas delata sit, placet quidem hereditatem ei vivo tribui, ut administretur per legitimum curatorem, tanquam furioso quæsita. Cæterum si furiosus in eodem morbo decedat, non pertinet ad furiosum hereditas, sed ad eos, ad quos pertineret, si furioso non esset delata, L. *ult.* §. *pen. sup. de curat. furiosi.* Differentiæ ratio est in auctoritate tutorum et curatorum. Tutor hereditatem accipere et acquirere potest infanti; quia infantis quodammodo loco est. Tutor enim personæ datur: curator non personæ, sed rebus, *L. in copulandis, sup. de nupt.* Et ideo dicitur curatoris auctoritas inutilis esse pupillo ad acquirendam hereditatem, L. *cum in una §. ult. de appell.*

Quod † si tutor hereditatem non adierit, 6 infans postea decedens hereditatem non transmittet ah heredes suos, sed redibit hereditas ad eos, ad quos pertineret, si infanti delata non esset, ut est in *d. §. sin vero.* Quod ita intelligendum est, nisi † fuerit hereditas 7 patris, cujus in potestate fuerit infans. Nam hæc infanti quæritur ipso jure, ut de suis heredibus dixi ad *L.* 3. *sup.* §. *sui*, *Institut. de hered. quæ ab intestato.* Quæsita infanti, non potest, quin ad ejus heredes pertineat: de quo quia quidam dubitant propter verba hujus loci, non abs re erit, hanc sententiam paucis confirmare. Statuitur autem certa auctoritate et manifesta ratione. Expressa est hæc sententia in L. 3. *sup.* sed apertissime in *L. apud hostes, de suis et legitimis heredib. L. qui duos, §. cum bello, de rebus dubiis.* Ratio autem certa hæc est: hereditas defuncti ad ejus heredes legitimos citra controversiam pertinet. At hereditas patris infanti delata est, si infans suus heres exstitit. Probatur ex definitione hereditatis: nam hereditas cujusque est successio in universum jus, quod is moriens habuit. At infans, qui suus heres exstitit, hereditatem patris habuit, utpote jure ipso sibi quæsitam. Ergo hæc ad quosvis legitimos ejus heredes pertinebit. Non debemus moveri in contrarium verbo hujus §. *sin vero*, eo quod constitutio loquitur de qualibet hereditate infanti delata. Nam temperamentum adjici-

jicitur, ex quo intelligimus, de hereditate extraneo infanti delata agi. Agitur enim de hereditate, quæ a tutore adeunda sit, §. *præcedenti*, deinde de hereditate devoluta, item de hereditate non adita. Hæc etiam verba suis heredibus non conveniunt, sed extraneis. Nam in suis heredibus aditio nulla est, L. *in suis*, *D. de suis et legit.* Præterea hereditas patris ad liberos suos heredes, non tam devoluta dicitur, quam dominium continuari, ita ut videatur nulla successio fuisse, L. *in suis*, *D. de lib. et postum.*

Hactenus de hereditate infanti delata. Quid
8 † si pupillus major erit infante? De eo constituitur in §. *ult. hic*, et constituitur ita, ut jus antiquum servetur, tum in ratione acquirendæ hereditatis tum in hereditate non adita transmittenda. Est autem hæc summa: hujusmodi pupillum sine facto et voluntate sua hereditatem quærere non posse, juxta *L. potuit sup.* Sed ei auctoritate opus esse ad hereditatem acquirendam. Adhibebitur autem patris auctoritas, si est in ejus potestate, L. *more*, §. *ult. de acquir. hered.* Si pupillus sui juris est, adhibebitur auctoritas tutoris, aut nullo tutore constituto adhibebitur decretum judicis. Hereditate enim ita non adita, placet secundum regulam juris, ut aditam non transmitti.

Ad L. Cum in antiquioribus. 19.

Imp. Justinian. A. Demostheni. *præfecto prætorio.*

Cum in antiquioribus legibus, et præcipue in quæstionibus Julii Pauli invenimus, filiofamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere: et aliis etiam quibusdam adjectis, quæ in hujusmodi personis præcipuæ sunt: eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit: vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, ut ex hac caussa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro herede gestionem inducat: prædictum arbitrium in successionem suam transmittat: ita tamen, ut unius anni spacio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is qui sciens hereditatem vel ab intestato, vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse: postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renunciandam hereditatem manifestaverit: is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur. Sin autem intestanti annali tempore decesserit: reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat: quo completo nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur. Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III. Kal. Novemb. Decio. V. C. Coss.

SUMMARIA.

1. *Summa hujus legis.*
2. *Heres an post annum, quo hereditatem sibi delatam cognovit, hereditatem adire possit.*

1 SUmma † hæc est: heres hereditatem sibi delatam et non aditam, nec tamen repudiatam, decedens, et una jus adeundi transmittit ad quosvis heredes, dummodo sciens hereditatem sibi delatam decedat, et decedat intra annum, ex quo sibi delatam cognorat: sic vero transmittit, ut quod ex eo anno reliquum est, tantum relinquat heredi-

redibus suis ad deliberandum, non amplius. Tribuitur hoc jus in hereditate delata. Nam non delata hereditate, heres neque hereditatem habet, neque jus ejus acquirendæ. Qui nihil habet, nihil potest heredi suo tradere juxta regulam juris L. *nemo plus*, *etc. D. de reg. jur.* Tribuitur præterea in hereditate non adita, non quod hereditas non adita multo magis transmittatur; sed ut intelligamus, hic beneficium constitui a Justiniano, contra regulam juris, qua efficitur, hereditatem non aditam non transmitti, *L. un. §. in novissimo, infr. de caduc. toll.* Tribuitur præterea in hereditate non repudiata: nam hereditas repudiando in totum amittitur, ut nec ipse heres, qui repudiavit, si viveret, possit eam adire, L. 4. *infr. tit. prox. L. is, qui heres, de acquir. her.*

Hoc jus tribuitur duabus conditionibus. Una, *si heres, cui delata est hereditas, cognovit aliquo modo sibi delatam esse;* proinde qui ignoravit delatam, nihil transmittit. In quo retinetur jus antiquum etiam in hac parte, quod traditur in L. *quoniam, sup. eod.* Et ratio est, quia est constitutio de jure deliberandi transmittendo. Non potest autem dici deliberare heres, si ignoret esse, de quo deliberet. Altera conditio est, *si decedat intra annum, ex quo sibi delatam hereditatem cognovit*, quæ pars nullam aliam rationem habet, quam voluntatem legislatoris, cui visum est beneficium hoc suum intra hoc tempus concludere. Quid si annus is excesserit, † et heres 2
adhuc vivat, quæsitum est, an possit postea hereditatem adire, propter verba huius constitutionis, cum scribit ita Justinianus: *quod si is annus præterierit, heres cum sua successione ab hujusmodi beneficio excludatur.* Sed in promptu responsio est, iis verbis non excludi ius adeundi sed ius transmittendi arbitrii, seu transmittendæ deliberationis. Nam de hoc iure transmissionis prius constitutum erat. Jus adeundi tributum lege heredibus perpetuum est, nisi a magistratu impetratum est ut tempus præstitueret ad deliberandum, ut *ad L. si curatoris, supr.* At ius transmittendæ deliberationis annui temporis lapsu excludetur et ideo verborum Justiniani hic sensus est: si heres post annum, quo sibi delatam hereditatem cognovit, decedat, neque ipse ius deliberationis ad suos transmittit heredes: neque heredes eius si intra alterum annum, ex quo eam hereditatem olim fuisse delatam cognoverint, decedant, ius hoc transmittent, optima ratione: quia non acceperunt.

Ad L.

Ad L. Quidam elogio. 20.

Imp. Justinian. A. Joanni P. P.

Quidam elogio condito heredem scripsit in certas uncias, et post certa verba testamenti eundem in alias uncias, vel tantas, vel quantascunque, et tertio vel in aliam partem hereditatis, vel in quendam unciarum modum: ille autem unam institutionem, vel duas admittens, unam, vel duas, vel quantascunque respuendas esse censuit: quærebatur apud veteres, si hoc ei facere permittatur. Similique modo dubitabatur, si impuberem quis filium suum ex parte heredem instituit, et quendam extraneum in aliam partem quem pupillariter substituit; et postquam testator decessit, pupillus quidem patri ejus heres exstitit, extraneus autem hereditatem adiit: et postea adhuc in prima ætate pupillus constitutus ab hac luce substractus est, et pupillaris substitutio locum sibi vindicavit. Cumque substitutus eamdem partem admittere noluit, quæsitum est, si potest jam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutionem repudiare? Utramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus. Placuit etenim nobis sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, et necessitas imponatur heredi particulari facto vel aliam aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem. Dat. prid. Kal. Maji, Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis. VV. CC.

SUMMARIA

1. *Si quis delata hereditate dicat, se velle partem adire et partem repudiare, nihil agit.*
2. *Si quis hereditatis partem simpliciter adierit, reliquas partes quandoque sibi delatas invitus admittere cogitur, et n.* 3. 4. *et seqq.*
7. *Heres pupillo exheredato substitutus, an post aditam paternam hereditatem repudiare pupilli hereditatem possit.*
8. *Substitutus filio heredi ex parte instituto, si impubes hereditate patris sese abstinuerit, an partem eam admittere cogatur.*
9. *Si coheres impuberi datus, eique substitutus mortuo pupillo velit hereditatem pupillarem amplecti, et paternam omittere, an ei id permittatur?*
10. *Qui partem aliquam hereditatis simpliciter repudiat, is cæteras quoque quanvis delatas habere nequit.*
11. *Omittere partem hereditatis et omittere aditionem partis, quid differant.*

Diximus initio, et significatur in L. *si avia, supr. et* L. *nec emere*, liberum esse extraneis heredibus, delatam hereditatem aut agnoscere, aut repudiare; quoniam volentes, non inviti sunt heredes. Hoc loco admonemur recte hoc dici, si de tota hereditate agnoscenda, aut repudianda agitur; non idem jus esse de singulis partibus. Hic enim regula juris veteris traditur, neminem ejusdem hereditatis sibi delatæ, seu ejus, quam acquirere potest, partem agnoscere posse, partem repudiare. Eadem ratio exstat in L. 2. *de hered. acq.* L. *un.* §. *his ita, infr. de cad. toll.* Ex hac ratione, veluti ex fonte, tria consequuntur, quæ totidem regulis iuris veteris comprehensa sunt, ex quibus una hoc loco explicatur.

1 I. Illud efficitur, si quis † delata hereditate dicat, se velle partem adire et partem repudiare, nihil agere eum, L. 1. *de acquir. her.* Quia qui ita adit et ita repudiat, contra ius adit et repudiat, ut pro infecto sit, quod ita agitur, L. *non dubium, supr. de legib.* II. Ex eadem ratione efficitur, si † 2 quis hereditatis partem simpliciter adierit, reliquas partes eius hereditatis quandoque sibi delatas, invitus admittere cogitur, quod ita efficitur. Nam heres, qui ex aliqua parte he-

heres exstitit, aditam portionem repudiare non potest, *L. 4. infr. proxim. tit.* Qod si eam retinere cogitur, hic locus sit regulæ quam supra posuimus, eum, qui unam partem habet, reliquas habere debere. Idque ita est, quocunque modo reliquæ partes deferantur ei, qui aliquam partem agnoverit, idest, sive deferantur ei iure accrescendi, seu ex institutione, sive ex substitutione tum vulgari, tum pupillari: iure accrescendi reliquæ partes deferuntur, hoc modo: cum is, qui portionem aliquam admisit, institutus est cum aliis coheredibus, et hi portiones suas repudiaverint, aut non adita hereditate decesserint. Nam horum portiones iure accrescendi deferuntur ei, qui portionem suam admisit, ne idem defunctus pro parte testatus, etc. L. *jus nostrum*, *de regul. juris.*

3 Sed an † volenti defertur, an etiam invito? Et placet invito. Hinc regula alia de jure accrescendi: qui ex aliqua parte heres defuncto exstitit, eum deficientium partes etiam invitum accipere, sive sint plures coheredes ex testamento, sive ab intestato, L. *qui ex duob.* §. *ult. de acq. her.* L. *si ex pluribus*, *de suis et legitim.* L. *un.* §. *his ita, inf. de cad. toll.* de quo dictum ad L. *un. sup. quando non partes.* Dixi et ad L. *testamento sup. de imp.* Idem juris est, si portiones reliquæ deferantur ex institutione ei, qui aliquam partem admisit, quod tunc contingit, cum quis solus heres institutus est ex pluribus partibus disjunctim, utputa; *Titius ex semisse heres esto*: *idem Titius ex triente*, *idem heres esto ex duabus unciis.* Hic dicimus, si Titius hereditatem adierit ex duabus unciis, statim in totum heredem futurum, quæ species est hujus legis in princ.

4 Idque † adeo verum est, ut quanvis quis heres institutus sit ex una parte pure, ex altera sub conditione, *si navis ex Asia venerit*, et adierit hereditatem ex pura institutione, statim in totum fit heres, etiam pro reliqua parte, non exspectato eventu conditionis; quia etiam deficiente conditione nihilominus heres est, *L. cum heres*, §. *ult.* L. *qui ex duobus*, *de acq. her.*

5 Idem † jus est, et si reliquæ portiones deferantur ex substitutione: veluti duo sunt heredes instituti, Primus et Secundus; Primus Secundo heredi substitutus. Primus portionem suam adiit, Secundus repudiavit, Secundi portio defertur Primo ex substitutione vulgari. An volenti, an vero invito? dicimus invito accrescere, *L. testamento, sup. de im-*

6 *pub.* ubi dictum. Idem probandum † est, et si ei heredi, qui partem hereditatis admisit, reliquæ partes ejusdem hereditatis deferantur ex substitutione pupillari, quæ species est altera hoc rescripto decisa. Est autem hæc species facti. Testator filium impuberem, quem habet in potestate, heredem instituit ex parte, et Titium extraneum ex altera parte, et huic filio substituit pupillariter, idest, sub hac conditione, *si intra pubertatem filius decessit mortuo testatore.* Impubes heres extitit patri ipso jure ut suus: extraneus coheres portionem suam adiit; deinde filius impubes moritur, cum impuberis hereditas deferretur coheredi substituto, sed videretur ei damnosa, nolebat eam admittere, et contendebat, se non cogi eam habere; quoniam hæc alia esset hereditas, quam patris. Placuit eum, qui paternæ hereditatis partem haberet, etiam impuberis hereditatem admittere cogendum, quod quibusdam ex veteribus primum visum est, ut Neratio, cujus hac de re sententia extat in *L. qui patri*, *de acq. her.*

Sed cum sententia haberet dubitationem, placuit Justiniano eam hoc rescripto confirmare. Hæc igitur sententia hanc habet rationem; quia in hereditate impuberis est portio hereditatis paternæ, cujus qui partem habet, consequens est, ut reliquam ejus hereditatis partem sibi ex substitutione pupillari delatam agnoscere cogatur, secundum regulam, quam initio posuimus: qua efficitur non licere ei ejusdem hereditatis partem habere et partem repudiare. Quod si coheres, idemque pupillo substitutus cogitur admittere eam partem paternæ hereditatis, ex qua pupillus heres exstitit, et illud consequitur, ut totam hereditatem impuberis admittere cogatur; quoniam una hereditas impuberis fuit, constans et rebus a patre acceptis, et rebus, quæ aliunde obtigerunt. Porro eandem hereditatem delatam separare non licet, L. *sed si plures*, §. 1. *de vulgar. et pupillar.* Et hæc ratio est, quam obscurioribus verbis intelligit Neratius in *d. L. qui patri*, *de acq. her.* Nam inquit: Pater pupillum impuberem invitum obligat hereditati suæ. Facit enim eum necessarium heredem, quod si paternam hereditatem necessario habet pupillus, reliqua ejus hereditas conjungitur paternæ: conjunctam substitutus totam habere debet; quia partem hereditatis paternæ accipere cogitur.

Sed hæc sententia videtur recipi non posse. Nam non potest coheres impuberis, qui partem hereditatis paternæ adiit, cogi, admittere hereditatem impuberis, nisi in hereditate impuberis sit portio hereditatis paternæ. Nam duabus hereditatibus diversis delatis, nemo

nemo prohibetur unam adire et alteram repudiare, sed tantum prohibetur ejusdem hereditatis partem adire et partem repudiare, L. 2. *de acq. her.* L. *un.* §. *his ita*, *inf. de cad. toll.* At duæ sunt hereditates in specie proposita, quæ coheredi substituto deferuntur. Una patris, ex qua heres exstitit: altera impuberis, quæ defertur ex substitutione, quæ altera hereditas esse dicitur in §. *igitur*, *Instit. de pupill. subst.* Proinde hereditatem repudiare non prohibetur, licet paternam agnoverit. Respondeo: Hæc hereditas, quæ ex substitutione pupillari defertur, est hereditas; sic tamen, ut in ea pars reperiatur hereditatis paternæ, quam ideo necessario accrescere dicimus, et una cum ea reliquas partes hereditatis pupillaris.

Sed rursum hic occurritur. Nam posteaquam pupillus patri heres exstitit, definit esse patris hereditas, et incipit esse patrimonium impuberis, et hereditas, unde dicitur substitutio pupillaris fieri in bonis impuberis, non testatoris, *L. sed si plures*, §. *ad substitutos*, *D. de vulgar.* Et ideo eadem, quæ supra, manet objectio? Respondeo: ut portio paterna, ex qua impubes heres exstitit, sit impuberis, hoc fieri, quamdiu impuberis est. Cæterum ubi impubes moritur, retro recte intelligitur hereditas patris fuisse. Unde dicitur in substitutione pupillari, patrem substituere bonis suis, quatenus de bonis ejus ad pupillum pervenit, *L. in ratione*, 1. §. *quod vulgo*, *et* §. *seq.* ubi dicitur, a patre impuberi substitutum pupillariter, perinde habendum, quasi in bonis patris institutum sub conditione, si filius impubes decesserit, L. *in ratione*, 2. *ad* L. *Falcid.* Rursum alia ratione non videtur coheres idemque substitutus pupillo agnita parte hereditatis paternæ, cogendus esse admittere pupillarem hereditatem. Nam ei, qui ex aliqua parte heres exstitit, ita demum invito accrescunt reliquæ portiones ejusdem hereditatis, si defecerint cæteri heredes, L. *qui ex duab.* §. *ult. de acquir. her.* At in proposita specie impubes mortuo patre patri heres exstitit. Idque ita fingamus. Proinde portio illi quæsita ad heredes ejus legitimos pertinebit, non autem coheredibus accrescet, aut non invitis accrescet. Respondeo: In pupillari substitutione, cum filius moritur impubes, dicitur deficere: deficit vero natura, cum mortuus hereditatem habere nequeat. In substitutione quidem vulgari heres, cui quis substitutus est, non dicitur deficere, cum hereditatem adierit; sed hoc fit propter voluntatem testatoris, qui ex hac substitutione non vult hereditatem ad substitutum pertinere, nisi hac conditione, *si institutus heres non erit.* Non autem eo minus heres secundum naturam deficere dicitur, cum moritur. At in substitutione pupillari substitutus ex judicio testatoris vocatur, sive impubes heres non erit, sive heres erit, et impubes decesserit.

Oppugnatur præterea hæc sententia hoc dilemmate. Aut enim portio hereditatis patriæ, ex qua pupillus heres exstitit, juncta est reliquæ impuberis hereditati, aut juncta non est. Si juncta est, non est amplius hereditas patris, atque ita juncta, coheredi accrescere non potest. Si juncta non est, ipsa quidem accrescet coheredi, sed non accrescet reliquæ hereditati impuberis; quia juncta hereditas non est, sed sunt duæ hereditates. Respondeo: Dici potest portionem hereditatis patriæ, ex qua impubes heres exstitit, et impuberis esse, et patris, diversis rationibus. Impuberis ita, quia ei quæsita est; patris ideo, quia permittitur patri de ea statuere, ut de suis bonis, ut dictum supra, *arg. in L. Papin.* §. *sed nec impuberis*, *de inoffic. testam.* Hoc est, quod responderi potest; tamen apparet rem scrupulo non caruisse. Quamobrem Justinianus recte fecit, quod hac constitutione eam sententiam confirmavit, tametsi eadem in *d.* L. *qui patris*, *de acquir. hered.* exstat. Quod ideo monemus, ne stulte videatur Justinianus unam ex suis decisionibus in hac specie posuisse; cum tamen hic videatur, nihil novi juris constituisse.

Observandum est autem, in hac specie dici eum heredem, qui paternam hereditatem adiit, cogi admittere pupillarem, si idem pupillo substitutus sit, sed dici hac conditione, *si pupillus quoque patri heres exstitit*, ut sic intelligatur ejusdem hereditatis paternæ pars esse. Quid † igitur, si heres, 7
qui hereditatem paternam adiit, pupillo exheredato sit substitutus? Respondeo: palam est, duas hic esse hereditates separatas. Una patris, altera impuberis. Proinde qui unam admittit, alteram repudiare non prohibetur, *d.* L. 2. *de acquir. hered. et d.* L. *un.* §. *his itaque*, *inf. de cad. toll.* Quid si † sub- 8
stitutus sit filio heredi ex parte instituto, sed impubes se abstinuerit hereditate patris? Respondeo: Pars hereditatis paternæ, a qua sese abstinuit, invito substituto accrescet, cum sit pars ejusdem hereditatis paternæ, sed reliqua hereditas impuberis non accedet, neque acquiretur invito, quia separatæ sunt hereditates patris et impuberis, propter impuberis abstentionem. Quid † e converso di- 9
cemus,

cemus, si coheres impuberi datus, eidemque substitutus mortuo pupillo velit hereditatem pupillarem amplecti, et paternam omittere, an ei permittitur? Resp. Hic eadem distinctio et responsio adhibenda est, quæ supra, si pupillus patri heres exstitit, nec se abstinuit, substitutus hereditates separare non potest, *L. sed si plures*, §. *filio*, *de vulg.* Idemque efficitur ex hac constitutione in extremo. Quod si heres substitutus erit filio exheredato, non prohibetur pupilli hereditatem amplecti, omissa patris hereditate, dummodo ex testamento patris quis heres exstiterit, ut tabulæ pupilli confirmentur. Hæc species est L. *quæsitum*, *de acquir. hered.* Quod si heres a patre substitutus sit filio impuberi item heredi instituto, et si impubes abstinuerit hereditate: placet omnino hoc casu substitutum pupillarem hereditatem adire posse, repudiata patris successione, L. *filius qui se*, *L. Julianus*, *de acquir. her.* Neque hoc casu exigimus, ut aliquis heres ex testamento patris hereditatem adeat, quo tabulæ pupillares confirmentur. Satis enim confirmatur testamentum patris hoc ipso, quod suus heres pupillus patri exstitit. Hæc omnia efficiuntur ex eo, quod secundum colligi dixi ex illa regula: neminem ejusdem hereditatis partem habere posse, et partem omittere.

III. Ex eadem regula efficietur, quod pertinet ad eum heredem, qui partem hereditatis repudiet. Quemadmodum igitur, qui partem hereditatis simpliciter adit, una aditione cæteras delatas admitere cogitur. Ita
10 † contra, qui partem aliquam hereditatis simpliciter repudiat, is cæteras quoque quanvis delatas, habere nequit. Hæc sententia vulgo non recipitur, propter errorem, qui nascitur *ex* L. *si tu ex parte*, §. *ult. de acquir. her.* Sed ea sententia nihil verius. Primum hoc diserte positum est in *L. sed si plures*, §. *filio*, *in fin. D. de vulg.* Præterea certissima ratione hæc sententia nititur: ut enim qui partem hereditatis adit, eam partem amittere non potest, ex quo consequitur, ut reliqua necessario postea accedat: sic certi juris est, eum, qui partem hereditatis repudiavit, amplius eam partem habere non posse, L. 4. *inf. prox. tit.* Ex quo consequens est, ut una cæteræ quoque partes amittantur; alioqui eveniet, ut heres eas habere possit, et non possit habere eam, quam jam repudiavit, quod est contra regulam superiorem, qua fit, neminem ejusdem hereditatis partem habere posse, partem non habere.

Moventur in contrarium vulgo *ex d. L. si tu ex parte*, §. *ult. de acquir. her.* ubi dicitur, si quis ex parte heres institutus sit, et ex parte coheredi suo substitutus, deinde ex substitutione ea deferatur, esse in potestate heredis omittere aditionem ex institutione, et postea ex substitutione adire, et e converso. Sed multum † interest inter omit- 11
tere partem hereditatis, et omittere aditionem partis. Is omittit partem hereditatis, seu hereditatem, qui repudiat. Hoc qui facit, reliquas partes habere non potest neque ex substitutione, neque ex institutione, *d.* L. *sed si plures*, §. *filio*, *de vulg.* Omittere autem aditionem hereditatis, seu partis, est specialiter non adire, etiamsi non repudies. Estque hic illius loci sensus: cum eidem heredi pars hereditatis defertur ex institutione, pars ex substitutione, unius partis aditione totam hereditatem acquiri. Nec refert, utrum partem habeat ex institutione, altera parte non adita ex substitutione, an vero ex substitutione partem habeat, omissa aditione ex institutione.

Ad L.

Ad L. Cum aliquis. 21.

Imp. Justinian. A. Joanni PP.

Cum aliquis scripsit heredem eum, qui de sua conditione ei, qui dominium ejus vindicabat, in judicio adversabatur: is autem qui dominum se esse dicebat, adire eum hereditatem imperabat, ut acquisitio hereditatis per eum celebraretur, indignatus est quasi domino ei parere: dubitatio veteribus exorta est, si qua pœna imponatur hujusmodi insolentiæ. Veteres in multas trahuntur sententias: sed nos eorum discordiam sic esse decidendam censemus, ut distinctio subtilis caussæ ei imponatur: ut siquidem ita scripta est institutio, *Illum servum illius heredem instituo*: quia apertissimum est intuitu domini institutionem esse conscriptam, necesse sit omnimodo per competentem judicem eum compelli adire quidem hereditatem, et eam acquirere: nulli autem ex post facto subjici gravamini, se liber pronuncietur: sed omne sive lucrum sive damnum ad eum redundare, qui in servitutem eum trahebat, et denegari ei et adversus eum omnes hereditarias actiones, nullo ei ex hoc præjudicio generando. Sin autem quasi liber institutus est, nulla domini vel servi mentione in institutione habita: tunc nullo compelli modo eum adire hereditatem, nec denegari ei liberale judicium: sed et hereditatem per suum jus decurrere, et liberale judicium suam expectare sententiam, sive agente eo, sive pulsato: ut siquidem servus pronuncietur, tunc domino suo hereditatem acquirat: sin autem liber, eam adipiscatur, si adire maluerit. Dat. II. Kal. Maji, Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIUM.

1. *De statu suo litigans servus, heres institutus ab extraneo, quando hereditatem adire cogendus sit quando non?*

1 IS, qui ex possessione † hereditatis se liberum esse contendens de statu suo judicio litigat, si institutus ab extraneo heres jubeatur ab eo, qui se dominum dicit, hereditatem adire: hic constituitur, interdum adire eum cogendum, interdum vero non cogendum. Si institutus est cum hoc elogio et demonstratione illa. *Illius servus mihi heres esto*, placet cogendum esse adire, tanquam institutum completatione possessoris, qui pro domino habeatur. Sin simpliciter institutus sit, placet non esse cogendum, sed expectandum eventum judicii liberalis. Quo casu autem dicitur cogendus esse hic, qui de statu suo litigat, adjicitur eum cogendum esse per judicem. Merito: quia ordinata liberali caussa, servus pro libero habetur, *L. ordinata, de liber. caussa.* Et sic consequens fit, eum qui non putatur habere dominum, a judice cogi posse. Cogendi autem ratio est in minis et verberibus, quæ in servum hominum cadunt. Itaque cogetur a judice, his rebus adhibitis, quibus a domino cogeretur, si dominum haberet.

Sed videtur hic servus cogi non posse ullo casu hereditatem adire. Id enim in *L.* 3. *in fin.* scriptum est, *sup. de hered. instit.* idque scriptum est de eo, quem constat servum esse, diciturque eum posse non adire, (apparet ex glossa, difficultatem esse summam) Respondeo: necessitas est duplex: una absoluta et præcisa. Altera, quæ dicitur a Cicerone necessitas cum adjuncto, necessitas consequentiæ. Absolute et præcise servus heres institutus cogi non potest; licet enim ei conterrito omnibus minis et verberibus obstinate hereditatem non adire: at cogi potest ea necessitate, quam consequentiæ dicimus. Adhiberi enim possunt minæ et verbera, quæ in se ille noluerit suscipere. Hoc autem posito consequitur necessitas adeundi. Nam nisi adeat ille, suscipere cogitur, quæ dixi. De priore genere loquitur L. 3. *sup. de hered. instit.* De posteriore autem hoc loco.

Ad L. ult. incip. *Scimus.*

Imp. Justinian. A. ad Senatum.

Scimus jam duas esse promulgatas a nostra clementia constitutiones: unam quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverint: aliam autem de improvisis debitis, et incerto exitu per diversas species eis imposito. Sed et veterem constitutionem non ignoramus, quam divus Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt: quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur. Cujus sensus ad unam præfatarum constitutionum a nobis redactus est. Arma etenim magis quam jura scire milites sacratissimus legislator existimavit. Ex omnibus itaque istis unam legem colligere, nobis apparuit esse humanum: et non solum milites adjuvare hujusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere: non tantum si improvisum emerserit debitum, sed etiam si onerosam quis inveniat esse quam adiit hereditatem, ita enim nec satis necessarium deliberationis erit auxilium, nisi hominibus formidolosis, qui et ea timent quæ nulla digna sunt suspicione. Cum igitur hereditas ad quendam sive ex testamento sive ab intestato sit delata, sive ex asse, sive ex parte: si quidem recta via adire maluerit hereditatem, et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spacium ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse vel vocatum heredem, ei renunciet: nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu expectando, sit alienus ab hujusmodi hereditate, sive onerosa sive lucrosa sit. Sin autem dubius est utrumne admittenda sit necne defuncti hereditas: non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos exordium capiat inventarium super his rebus quas defunctus mortis tempore habebat, et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub præsentia tabulariorum cæterorumque qui ad hujusmodi confectionem tamen necessarii sunt. Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est significantem et quantitatem rerum, et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda, res apud eum remaneant: vel si ignarus sit literarum, vel scribere præpediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredis proposito, testibus videlicet adsumendis qui heredem cognoscant, et jubente eo tabularium pro se subscribere, interfuerint. Sin autem a locis in quibus res hereditariæ, vel maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit: tunc eis unius anni spacium a morte testatoris numerandum damus ad hujusmodi inventarii consummationem: sufficit enim præfatum tempus, etsi longissimis spaciis distant, tamen placuit dari eis facultatem inventarii conscribendi vel per se, vel per instructos procuratores in loca ubi res positæ sunt mittendos.

Et si præfatam observationem inventarii faciendi solidaverint: hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiæ adversus legatarios utantur beneficio;

cio: ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant: et eis satisfaciant qui primi veniant creditores: et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur: et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant; ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed et si legatarii interea venerint: eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione. Sin vero creditores qui post emersum patrimonium necdum completi sunt, superveniant: neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos qui ab eo comparaverint res quarum precia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt. Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hipothecis, vel indebiti condictione uti, et hæc quæ acceperint recuperare: cum satis absurdum sit creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare. Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint; liceat aliis creditoribus qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere vel per hipothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre. Contra ipsum tamen heredem (secundum quod sæpius dictum est) qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur. Sed nec adversus emptores rerum hereditariarum, quos ipse heres pro solvendis debitis vel legatis vendidit, venire alii concedatur: cum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios pervenientibus, et suum jus persequentibus.

In computatione autem patrimonii damus ei (licentiam) excipere et retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias caussas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Si vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones: non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen prærogativa inter creditores servanda.

Licentia danda creditoribus, seu legatariis vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est approbare, vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum secundum anteriorem nostram legem quæ de quæstione servorum loquitur, vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint; ut undique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex hujusmodi sentiat hereditate: illo videlicet observando, ut si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel hereditatis quantitati computare compellantur.

Donec tamen inventarium conscribitur: vel si res præsto sint: intra tres menses; vel si abfuerint, intra annale spacium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hipothecarum auctoritate vindicare; sed sit hoc spacium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum; nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem præscriptionem præjudicio generando.

Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, præsentes vel absentes inventarium facere distulerint, et datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit: tunc ex eo ipso quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, et heredes esse omnimodo intelligantur,

et

et debitis hereditariis in solidum teneantur: nec legis nostræ beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt.

Et hæc quidem de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam esse curaverint: quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, et debere ei derogari. Cum enim liceat eis et adire hereditatem: et sine damno ab ea discedere ex præsentis legis auctoritate: quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vana formidine, vel callida machinatione, pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, et hereditatem inspicere, et alias contra eam machinationes excogitare, et eandem deliberationem flebilibus adsertionibus repetita prece sæpius accipere: ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemus quidem eis petere deliberationem vel a nobis vel a nostris judicibus: non tamen amplius ab imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero judicibus novem mensibus: ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur: sed et si fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim, et non sæpius eam peti concedimus.

Sin autem hoc aliquis fecerit, et inventarium conscripserit, (necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostræ legis uti beneficio; sed in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur. Cum enim gemini tramites inventi sint, unus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit; alter autem rudis et novus a nostro numine repertus, per quem adeuntes sine damno conservantur: electionem ei damus, vel nostram constitutionem eligere, et beneficium ejus sentire: vel si eam aspernandam existimaverit, et ad deliberationis auxilium convolaverit, ejus effectum habere: et si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur: et non secundum modum patrimonii, sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari: et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen, et ideo ad ipsam deliberationis dationem, et divinum rescriptum super hac promulgatum, hoc adjici volumus, ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et vel adierit hereditatem, vel minime eam repudiaverit: non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiæ beneficio minime utatur. Quod si post deliberationem recusaverit, inventario minime conscripto: tunc res hereditarias creditoribus, vel his qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur; quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda: cum taxatione tamen a judice statuenda.

Notissimum autem est hac constitutione, quæ omnes casus continet, nostris constitutionibus jam pro eisdem capitulis promulgatis esse derogatum, quarum altera etiam Gordianæ constitutionis sensus continebatur. Cum enim ampliore tractatu habito, melior exitus inventus sit, et tribus constitutionibus in unum congregatis, unus appareat et in milites et in alios omnes juris probabilis articulus: ea propter ex anterioribus inquietari nostro subjectos imperio non patimur: scilicet ut milites etsi propter simplicitatem præsentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint. Quam patres conscripti in hujusmodi casibus in posterum obtinere sancimus. Dat. V. Kal. Decemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis. VV. CC.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Constitutionis hujus duo capita.*
2. *Jus inventarii conficiendi duas partes continet.*
3. *Inventarium quid sit.*
4. *Unde dictum inventarium.*
5. *Ritus in inventario conficiendo requisitus.*
6. *Intra quantum tempus inventarium confici debeat.*
7. *Quæ circa hoc tempus heredi sint observanda.*
8. *Inventarium quæ præter descriptionem rerum continere debeat.*
9. *Inventarii rite confecti effectus.*
10. *Commoda hereditaria quæ sint.*
11. *Incommoda hereditaria tria.*
12. *Heres potest omnes impensas necessarias hereditatis caussa factas retinere.*
13. *Impensæ necessariæ hic quæ sint.*
14. *Creditores qua actione consistant adversus legatarios, cum quibus nihil contraxerunt.*
15. *Tempus deliberandi de adeunda hereditate quorsum peti attineat.*
16. *Incommoda inventarii.*
17. *Tempus deliberandi de adeunda hereditate a quo impetretur.*
18. *Tempus id quantum sit.*
19. *Tempus deliberandi non impune peti.*
20. *Heredi an liceat statim adire, aut repudiare hereditatem, spretis his duobus beneficiis inventarii conficiendi et deliberationis.*

INitio hujus tituli dixi, hereditatem obligare nos æri alieno. Adversus hoc incommodum remedium quæritur. Id autem remedium unum veteribus ante tempora Justiniani positum fuit in deliberando. Nam si quis res hereditarias diligenter agnovisset, poterat statuere, utrum hereditas solvendo esset; vel non: ut si putaret heres expedire, eam adiret, sin minus, ut damnosam repudiaret. Sed experientia docuit, hanc etiam viam esse periculosam. Nam diu deliberabis, et mature tamen potest emergere æs alienum, quod prius latebat. Fieri enim potest, ut quæ res putabantur hereditariæ, non sint. Ob hanc caussam visum est Justiniano, hic remedium inducere, quo adhibito secure heres hereditatem adire, sine ulla deliberatione, potest. Id autem est, si inventarium conficiat secundum formam præscriptam, quod tamen remedium hic ita introduxit, ut nihilominus jus deliberandi relinqueret integrum heredibus; verum hac conditione, ut si deliberationem petierit heres, non impune id faciat, quæ hujus constitutionis est sententia.

1 Itaque ejus constitutionis † duo sunt capita summa I. De inventario faciendo. II. De deliberando. De priore agitur in §. *sin autem.* Et hoc quidem usque ad finem legis.

2 Juris † de inventario hæc summa est: si quis heres delata hereditate ex præscripto hujus legis inventarium confecerit rite, is statim ab initio secure hereditatem adit, et sine periculo. Hoc jus duas partes continet: una est de ritu, qui hic sit observandus: altera, quis sit effectus inventarii recte confecti. Inventarium † autem est descriptio re- 3
rum hereditarium literis consignata, quod et Repertorium vocatur, L. *tutor, qui repertorium, de administ. tutor.* Inde † dictum, 4
quod sit scriptura ejusmodi, ubi res quæsitæ inveniri et reperiri possint. In † ritu a Ju- 5
stiniano præscripto hæc observanda sunt: intra quod tempus hoc confici debeat, per quos, quibus personis, et quid continere debeat: qui ritus comprehensus est in §. *sin autem dubius.* Tempus † huic rei præstitu- 6
tum aliis sunt sex menses, aliis annus. His quidem, qui degunt in iis locis, in quibus hereditas, aut major pars hereditatis sita est, sex menses; his autem, qui absunt, annus. Sed sex menses computandi ex eo solum tempore, ex quo quis delatam sibi hereditatem cognovit; annus autem ex die mortis testatoris: hæc indicantur in §. *sin autem dubius. in prin.* et vers. *Sin autem a locis*, item in §. *donec.* Circa † autem hoc tempus legitimum 7
monendi sumus, ita hoc tempus præstitui, ut si intra hoc tempus heres inventarium non perfecit, teneatur omnibus hereditariis creditoribus: §. *sin vero,* priusquam autem hoc tempus præteriit, totum id spatium liberum esse heredi, quanvis adierit hereditatem

tatem sub beneficio inventarii, ut vulgo loquimur, idest, adierit testatus se velle inventarium conficere, et beneficio hujus legis uti.

Sic autem liberum illi hoc spatium esse dicimus, ut inquietari non possit, nec a legatariis, nec a creditoribus hereditariis, §. *donec.* Hoc tamen adjecto, ut si creditores interim præscriptiones temporis metuant, illis præscriptio non cedat, quoniam agere non possunt: juxta id, quod vulgo traditur, ei, qui agere non potest, non currit præscriptio, L. 1. §. 1. *infr. de annali except.* per quos, idest tabellarios conficiuntur. Quod ex iis verbis Justiniani intelligitur, cum jubet inventarium confici sub præsentia tabulariorum, *d.* §. *sin autem dubius.* His autem verbis intelligitur non solum debere præsentes esse tabularios, sed ita præsentes esse, ut per eos conficiatur. Nam alias *infra* supervacua requireretur subscriptio heredis: deinde non adhibentur tabularii, ut testamentum faciant, alioquin quivis populares sufficerent; sed adhibentur, ut pro officio publico tabulas faciant: et notandum, tabularios exigi, non tabellarios: ut sciamus, si tabellarii adhibentur, plures adhibendos. Cum enim non subscribitur, duo sufficiunt, L. *ubi de testam.* Personæ etiam aliæ præsentes sint. Adjicitur enim *d.* §. *sin autem dubius*, sub persona *cæterorum*, *qui ad eam confectionem sunt necessarii.* Quibus verbis verisimile est intellexisse Justinianum vel alias personas, quæ publico munere fungerentur, præter tabularios, vel alios testes, si forte unus tantum tabularius esset adhibitus. Hodie autem ex constitutione. N. 1. Cap. 2. intelligimus adhiberi debere ad hanc confectionem, præter tabularios, etiam legatarios et fideicommissarios, quibus itidem aliquid testamento relictum est, et si absunt, debere ad minimum adhiberi tres idoneos testes.

8 Continere † autem inventarium debet præter descriptionem rerum, quæ a tabulario facta est, etiam subscriptionem heredis, qua profiteatur heres, se agnoscere quantitatem rerum ibi descriptarum, apud se res eas esse, præterea nihil se adhuc in illis dolo fecisse; neque porro facturum. Quod si heres literas non noverit, aut scribere non poterit: cavetur, ut ejus loco alius tabularius adhibeatur, qui ejus nomine idem subscribat, adhibitis idoneis testibus, qui et heredem norint, et interfuerint, cum mandaret tabulario subscriptionem. Hæc in *d.* §. *sin autem dubius.* Inventario hoc modo rite confecto effectus hic † est, ut heres secure et sine periculo he- 9
reditatem adeat. Ista enim duo continet, ut quæcunque commoda sunt hereditaria, ea heres habeat; quæcunque autem sunt onera et incommoda, ea non noceant heredi. Commoda † hereditaria duo hæc sunt: primum, ut 10
heres succedat in jus et dominium omnium rerum hereditariarum, *L. heres in omne*, *de acquir. heredit. L. cum heredes*, *de acq. possess.* Hoc jus cum omnibus cæteris heredibus tribuatur, etiam qui non fecerint inventarium dubium non est, quin ad eum, qui inventarium fecit, pertineat. Deinde hoc lege Falcidia tribuitur heredibus, ut si supra dodrantem hereditatis legata relicta sunt, posrit heres de singulis legatis quartam retinere, L. 1. *ad L. Falcid.* Et hoc beneficio utetur heres, qui inventarium confecit, *Instit. h. t.*

Incommoda † autem hereditaria hæc tria 11
sunt. I. Quod hereditate adita obligatur heres æri alieno, *L. more*, *de acquir. heredit.* II. Quod si heres hereditate adita, quid impendit, quanvis necessario in res hereditarias, aut propter commodum hereditatis, nullam eo nomine actionem habeat. Non enim potuit sibi obligare hereditatem, cum eam jam haberet, et secum negotium ipse haberet, non cum hereditate. Non poterit etiam obligare defunctum, quoniam cum illo nihil contraxit. III. Quod si heres aliquas actiones habuit adversus defunctum, hæ adita hereditate, confusione amittuntur. L. *si actionem*, *sup. de pact.* L. *si Stichum*, §. *a Titio*, *de fidejussor.* Hæc incomoda ex hac constitutione non metuit heres, qui rite fecit inventarium. Primo enim non tenetur legatariis, aut creditoribus hereditariis ultra vires hereditatis, §. *etsi præfatam.* Et hoc nullam dubitationem habet, si constet de viribus hereditatis.

Quod si de his controversia inter heredem et creditores et legatarios erit, qui plus in hereditate fuisse dicant, quam in inventario descriptum sit; placet in hac controversia jure dubio stare inventario, sic tamen ut postulantibus creditoribus et legatariis heres jurare debeat, nihil se amplius scire, quam illic contineatur. Quod si creditores, vel legatarii docere parati sunt, plus esse in hereditate, audiendi sunt, et si probaverint, aliquid amplius esse, vel etiam heredem id amovisse, vel subtraxisse: vult Justinianus non tantum id habendum in hereditate, quod revera est hereditarium, verum etiam heredem in duplum, idest, in alterum præstandum, damnandum esse, ut vel præstet, vel

in

in hereditatem computet. Hæc summa est §. *licentiæ.*

12 Quod ad impensas † ab herede factas per caussam hereditatis attinet, placet eum omnes necessarias ejus generis impensas retinere posse, §. *in computatione*, ubi notandum est, inter necessarias impensas numerari impensas factas in funus, item in insinuationem testamenti, de quo sub titulo, *Quemadmodum*
13 *testamenta aperiantur*, *infr.* et † in confectionem inventarii factas, tametsi hæ videri possint utiles esse minus, quam necessitate ulla factæ, cum heres non cogatur inventarium facere: illæ citra controversiam necessariæ sunt, cum jumenta et pecora pavit, familiam hereditariam aluit; item cum res hereditarias fulcit et restaurat, item cum ea, quæ servari non possunt, distraxit, et in ea distractione aliquid impendere coactus est. Tertium incommodum confusionis removetur itidem hereditate, *d.* §. *in computatione*, ut scilicet heres, qui aliquam actionem adversus defunctum habuit, quanvis adierit hereditatem; tamen debitum possit retinere, non minus, quam cæteri creditores extranei, cum quibus eodem jure utetur, de quo mox dicemus.

Solum hoc onus injungitur heredi, qui inventarium rite facit, ut teneatur legatariis et creditoribus, quatenus facultates patrimonii ferant, in quo hoc tamen ei commodum præstatur, ut quibuscunque primo loco solverit petentibus hoc, nihil ei noceat: et ideo si primo legatarii veniunt, iis recte solvet legatum, quibus solutis, si nihil superest creditoribus hereditariis, nihilominus securus est heres. Item si inter creditores hereditarios hi primo loco veniant, qui jure temporis posteriores sunt: nihilominus his recte solvet heres, nec tenetur antiquioribus creditoribus, si prioribus dimissis nihil superest in hereditate. Sed hæc non nocent creditoribus, quæ summa est §. *etsi præfatam.* Nam si res agetur inter legatarios et creditores, et hereditas omnibus solvendo non sit: semper præferentur creditores legatariis, qualescunque creditores sint, sive sint hypothecarii, sive chirographarii, idest, hi, qui nullas hypothecas habentes constitutas chirographo nituntur, ut crediti cautione. Idque æquissimum est; semper enim magis favendum est repetitioni, quam adventitio lucro, L. *non debet*, *de reg. jur.* Constat autem creditores certare de repetitione et damno vitando, legatarios autem de lucro agere. Sed ita creditores præferuntur legatariis, ut si legatarii prius legata consecuti sint, et exhausta sit hereditas, creditores regressum habeant non adversus heredem, qui legata solvit, et eo facto liberatus est; non etiam adversus emptores hereditariarum rerum, quas vendidit heres, et quarum pretium vertit in præstationem legatorum, aut in dimittendis aliis creditoribus: sed adversus ipsos legatarios, qui priore loco legata immerito sunt consecuti, cum creditores illis oporteret præferri.

Quæritur, † qua actione creditores consistant adversus legatarios, cum quibus nihil contraxerunt? Et datur duplex actio hoc loco adversus legatarios, aut hypothecaria, aut condictio ex lege. Hypothecaria tunc locum habet, cum res hereditariæ aliquæ præstitæ sunt legatariis, quibus erant legatæ, et si creditores agunt, quibus res hereditariæ obligatæ erant pignori. Condictio autem ex lege tunc locum habet, cum creditores non persequuntur hypothecas, sed tanquam debitum a legatariis petunt. Hanc actionem hic introduci oportuit; quia revera legatarii cum creditoribus nihil gesserunt negotii, cum legatum acceperunt, et ideo condictioni ex lege locus est, ex definitione, quæ traditur *in L. unica*, *de condiction. ex leg.* Similiter si ex creditoribus hi occuparunt debitum, qui hypothecas posteriores tempore habent, aut qui nullas habent, ab iis debitum avocabunt hi creditores, qui hypothecas habent, et eas antiquiores. Ex quo colligimus, si hi creditores, quibus adhuc solutum non est, nullas hypothecas habeant, non habere regressum adversus eos creditores, qui suum jam consecuti sunt, quantumvis hi, qui nunc agunt, sint privilegiarii, idest, hi, quibus debetur ex ea caussa, quæ inter creditores prærogativam habet, ubi bona a creditoribus possideri jussa sunt. Hæc, inquam, summa est totius, §. *etsi præfatam.* Quod si heredi debeatur aliquid a defuncto, heres in eadem caussa erit cum reliquis creditoribus, ut dicitur *in d.* §. *etsi præf.* Sensus est: Potest heres debitum suum retinere, sed si qui creditores hypothecas tempore priores habebunt, hi heredi præferuntur. Hæc disputatio huc redit, ut intelligamus ita heredem teneri legatariis et creditoribus hereditariis, intra modum facultatum hereditariarum, ut tamen etiam in hac parte ejus solutio, qualis

lis erit, non noceat. In quibus omnibus spectantur commoda inventarii recte confecti. Et hactenus de priore cap. hujus legis.

Alterum caput est de deliderando, de quo agitur *in* §. *et hæc quidem*, *usque ad fin.* in quo hæc summa constituitur. Tametsi superiori beneficio inventarii constituti, non est necessaria deliberatio heredibus ad adeundam hereditatem; tamen liberum illis relinqui etiam jus deliberandi impetrare: et adjicitur, a quibus impetretur, quod tempus præstituatur ad deliberandum. Postremo non impune deliberationem peti, contempto superiori beneficio: et adjicitur, quæ in eo incommoda sint.

15 Peti † igitur deliberandi tempus potest, sed quorsum peti attinet, aut potius quis post superius beneficium tam stultus erit, ut rem non necessariam cum incommodo postulet? Respondeo: Inventarii confectio etiam sua incommoda habet, quæ plerique fugientes malunt jus deliberandi impetrare.

16 Inventarii † incommoda sunt. I. Quod non sine magnis sumptibus fit inventarium, in magnis præsertim hereditatibus, non enim sine sumptu aluntur tabularii, personæ publicæ et testes, qui adhibentur, nec statim res hereditariæ discutiuntur, ut discussæ et cognitæ rectius inventario describantur. Et tametsi in damnosa hereditate heres hos sumptus ante omnia deducit, §. *in computatione*, tamen si hereditas solvendo est, certum est hereditatem his sumptibus valde minui. Alterum incommodum, cur plerique inventarium fugiunt, est, quod deteguntur facultates patrimonii, quas latere plerique volunt, vel propter inopiam latentem, vel invidiam, quæ sequitur locupletes heredes. Ob hanc caussam etiam nunc non est inutile jus deliberandi, ad adeundam hereditatem impetrare.

17 Hoc † impetratur a judicibus, aut Principe, §. *etsi præfatam.* Sed quid necesse postulare hoc jus a magistratu, cum heres apud se posset deliberare de hereditate? Nihil necesse est, si heres non urgeatur a creditoribus hereditariis; sed illis suum persequentibus, alterum cogitur facere heres, aut his solvere, aut bonorum hereditariorum distractionem pati, nisi magistratus auctoritas interveniat. Ob hanc caussam jus deliberandi a magistratu petitur, ut intra hoc tempus non inquietetur a creditoribus heres, de quo dixi *ad L. si curatoris*, *sup.*

18 Tempus † ad deliberandum præstitutum summum est, ut a judicibus non amplius dentur, quam novem menses: a Principe annus duntaxat, ea lege, ut si amplius datum sit etiam a Principe, quasi non datum sit, neque verum tempus ad deliberandum liceat petere, *eod.* §. *et hæc quidem.*

Sed videntur adversari huic constitutioni quidam loci, L. 2. *de jure deliberandi*, ubi centum dies præstituuntur cum minimum, deinde *L.* 1. *eodem*, dicitur, totum hoc tempus esse in arbitrio magistratus, ut pro rei qualitate id tempus statuat. Sed inter hæc optime convenit. Sunt enim inter hæc tempora quod ad minimum, quod ad summum, quædam interjecta tempora. Si minimum tempus quæritur, quod dandum est, non minus, quam centum dies dari oportet: si summum tempus quæritur, non licet excedere novem menses judicibus, Principis rescripto frustra exceditur annus. Sed non idcirco magistratus non potest aut amplius dare, quam centum dies, aut minus præstituere, quam novem menses, sed id tempus statuet, quod satis sit ad deliberandum pro conditione hereditatis et distantiæ locorum: atque ita moderatum tempus statuet, ut est in *d.* L. *si curatoris*, *sup.*

Sed non impune † petitur tempus ad deliberandum. Nam quædam incommoda denuntiantur his, qui contempto benificio Justiniani deliberandi jus petierint, et constituuntur hæc incommoda. I. Adeunti. II. Non adeunti. III. Repudianti. Ei, qui intra tempus ad deliberandum constitutum hereditatem adit, duo hæc incommoda denuntiantur. I. Quod omnibus creditoribus hereditariis in solidum obligetur, etiamsi inventarium rerum hereditariarum fecerit, deinde hoc incommodum, quod jubetur etiam post deliberationem impetratam inventarium facere: et nisi fecerit, hæc pœna est, quod non solum tenetur creditoribus in solidum, sed legatariis, quia legis Falcidiæ beneficio carebit. Ei autem, qui intra tempus constitutum adierit, tria hæc incommoda denuntiantur. Primo, quod etiamsi aperte non adierit, nihilominus perinde habetur, quasi adiisset, eodemque modo obligatur creditoribus hereditariis in solidum, et non utetur beneficio L. Falcidiæ, si inventarium non fecit. Ei autem, qui intra tempus constitutum aperte repudiat; hoc injungitur incommodum, ut nihilominus inventarium faciat, priusquam repudiet. Quod si non fecerit, hæc pœna statuitur, ut res omnes hereditarias restituat creditoribus, aut his, qui ad hereditatem vocantur, quantita- 19

te rerum jurejurando eorum, quibus restituuntur, æstimanda: quæ summa est, §. *sin autem*, *pen.*

Quæritur, si quis † neutro ex his beneficiis uti velit, sed statim aut adire hereditatem, aut repudiare, an non heredi liceat? Et scriptum est *in* §. *fin. legis hujus*, utrumque unicuique heredi licere, ut si adierit, statim subeat omnia onera hereditaria una cum commodis hereditariis: sin repudiarit, nullo modo teneatur creditoribus, aut ullis oneribus hereditariis.

AD TITULUM XXXI.

COD. DE REPUDIANDA, VEL ABSTINENDA HEREDITATE.

Ad L. Si paterna. 1.

Imp. Antonin. A. Mutatio.

Si paterna hereditate te abstinuisse constiterit et non ut heredem in domo, sed ut inquilinum, vel custodem, vel ex alia justa ratione habitasse liquido fuerit probatum: ex persona patris conveniri te procurator meus prohibebit, PP. Id. Jul. Messala et Sabino Coss.

Ad L. Si paterna. 2.

Idem A. Severo.

Si paterna hereditate abstinuisti: non ideo quod a creditoribus fundos comparasti (si modo id bona fide fecisti) a posterioribus, quod sub eisdem obligationibus pecuniam patri crediderunt, jure convenerit, S. PP. V. Kal. Julii, Læto II. et Cereale Coss.

Ad L. Suus. 3.

Impp. Diocletianus et Maximian. AA. et CC. Theodotiano.

Suus heres exceptione pacti, qui testamentum injustum adseverans, postea nihil se de paterna successione petiturum non ex caussa donationis, sed transigendi animo in jure professus est: cum respuere quæsitam nequiret hereditatem, et transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedat, submoveri non potest. Sine die, Cæs. Coss.

Ad L. Sicut major. 4.

Iidem AA. et CC. Modestino militi.

Sicut major vigintiquinque annis antequam adeat, delatam repudians successionem, post quærere non potest: ita quæsitam renunciando nihil agit, sed jus quod habuit, retinet: nec quod confessos in jure pro judicatis haberi placuit, ad vocem repudiantis hereditatem, sed ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet. S. V. Kal. Januar. Sirmii. AA. Coss.

Ad L.

Ad L. Pupillorum. 5.

Iidem AA. et CC. Claudianæ.

Pupillorum repudiatio delatæ hereditatis sine tutore auctore facta, nihil eis nocet. S. II. Januar., Sirmii. AA. Coss.

Ad L. Si quis. 6.

Imp. Justinianus A. Joanni *præf. præt.*

Si quis suus recusaverit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire: cum fuerat indistincte ei remissum, donec res paternæ in eodem statu permanent, hoc facere, et post multum temporis licebat ei ad eandem hereditatem redire: hoc corrigentes, sancimus si quidem res jam venditæ sunt: ut nullus aditus ei ad hereditatem reservetur, quod et antiquitas observabat. Sin autem res alienatæ non sunt: si quidem major annis constitutus est, et tempora restitutionis nulla ei supersunt: intra trium annorum spacium tantummodo hujusmodi ei detur licentia. Sin autem vel minor est, vel in utili tempore constitutus: tunc post impletum quadriennium (quod spacium pro utili anno qui restitutionibus dabatur, præstitutum est) aliud triennium ei indulgeri, intra quod potest rebus in suo statu manentibus adire hereditatem, et suam abdicationem revocare. Quo tempore transacto, nullus aditus penitus ad paternam hereditatem ei reservetur: nisi forte adhuc eo in minore ætate constituto res venditæ sint. Tunc enim per in integrum restitutionem non denegatur ei adire hereditatem, et res recuperare, et creditoribus paternis satisfacere. Dat. XV. Kalen. Novemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis. VV. CC. anno secundo.

SUMMARIA.

1. *Repudiare hereditatem quid et ejus Synonyma* ibid.
2. *Hereditas quomodo et facto repudietur.*
3. Ejus est nolle, qui et velle potest. *Non quivis hereditatem repudiare potest.*
4. *Ut quis hereditatem acquirere possit, quæ requirantur.*
5. *Hereditas nisi delata nec adiri, nec repudiari potest.*
6. *Delatæ hereditatis definitio.*
7. *Hereditatem ut quis possit consequi, quibus rebus efficiatur.*
8. *Viventis nulla est hereditas: itaque ea nec adiri, nec repudiari potest.*
9. *Hereditas quot modis deferatur.*
10. *Testamento quomodo deferatur: quomodo item ab intestato, et n.* 11.
12. *Hereditas delata nisi ab sciente acquiri et repudiari non potest. Ratio* ibid.
13. *Hereditatem adire non potest, nisi qui vult adire, possit obligare eum, qui acquirit. Idem in repudianda hereditate.*
14. *Pupillus et filiusfamilias cur hereditatem adire non possint.*
15. *Repudiationis hereditatis effectus.*
16. *Abstinere hereditate quid.*
17. *Heres suus quando abstinere se intelligatur.*
18. *Ad impetrandam abstinenda hereditatis facultatem an prætor adeundus sit.*

19. *Ab-*

19. *Abstinendi facultas puberibus et impuberibus dissimili conditione data est. Rationes monstrantur* ibid.

20. *Immiscere se bonis quando suus heres dicatur.*

21. *Abstentionis hereditatis effectus.*

22 *Abstentionis potestas quando finiatur.*

Exceptis servis necessariis heredibus, nemo omnium heredum invitus hereditatem habere cogitur, sed a se removent aliter extranei, aliter sui. Extranei repudiando: sui abstinendo. Hinc Tit. *de repud. et abstin. hered.* Ut et de omittenda tam in suis, quam extraneis, quæ altera pars est Tit. *D. de acquir. hered.* De repudianda agitur in L. 4. *et seqq.* De abstinenda reliquis legibus 1. 2. 3. *et ult.* De his igitur ordine dicemus.

Extranei heredes ut hereditatem adire, ita
1 repudiare possunt. Repudiare est † nolle hereditatem ad se pertinere, L. *filium, de acquir. her.* Ubi omittere hereditatem, et nolle ad se pertinere hereditatem, pro eodem usurpantur. Hoc idem juris auctores dicunt recusare. L. *recusare, de acquir. her.* Item omittere *d.* L. *filium*, *eod.* Item prætermittere, L. *qui patri*, *eod.* Ut hereditas animi destinatione acquiritur, sic contra destinatione repudiatur, §. *ult. Instit. de her. qual. et differ.* Ad hanc destinationem animi non est necesse, verbis id testari, sed re et facto hereditas recte recusatur, et quovis indicio voluntatis, *d. L. recusare, eod.* Quomodo repudietur verbis, notum.

2 Re autem et facto † repudiari hereditas intelligitur, quoties heres aliquid facit, quod utiliter facere non potest, nisi vellet prius repudiatam hereditatem. Hujus generis exempla sunt duo: Primum si is, qui legitimus heres esse poterat, sit idem a testatore institutus heres, et cum putet se non institutum, hereditatem ab intestato repudiavit. Nam hic etsi prius aperte non repudiaverit testamentariam; tamen facto suo repudiasse intelligitur, hoc ipso quod repudiavit legitimam; quoniam nisi omissa, aut repudiata hereditate testamentaria, non potest legitimam repudiare, *L. nec is* §. *ult.* L. *illud, de acquir. her.* Secundum exemplum est, si proponas filium esse exheredatum, aut præteritum immerito, ita ut competat ei querela inofficiosi testamenti, et is ab herede scripto vel hereditatem emat, vel conducat res hereditarias, vel quod debet, defuncto solvat, L. *si ponas*, §. 1. *de inoffic. testam.* Nam qui hæc fecit, heredem scriptum pro justo herede agnovit, idest, pro vero domino, quod facere non potest, nisi ipse querelam repudiaverit. Quia uni duo in solidum heredes esse non possunt.

Videndum est, quis hereditatem repudiare possit, et quando, tum quis sit repudiationis effectus: qui duo loci attinguntur in L. 4. *et seq.* Non statim quivis heres hereditatem repudiare potest: Ut possit repudiari hereditas, videndum est, anne is, qui repudiat, possit acquirere, si velit. In quo hæc regula traditur: *Ejus † est nolle, qui et* 3
velle potest, L. ejus, *de reg. jur.* Ejus est velle hereditatem, qui et adire potest; proinde ejus etiam est nolle adire, qui adire potest. Hinc regula ad hanc speciem translata, et ita definitur is, qui potest repudiare, quod sit, qui etiam acquirere potest, L. *is, potest.* L. 4. *de acquir. her.* Quare qui quando hereditatem acquirere potest, nolit: idem eadem opera et eam quando repudiare possit, nolet; proinde utrumque iisdem præceptis continetur. Ut quis † hereditatem adire et 4
acquirere possit, tria summe necessaria desiderantur. I. Ut ei delata sit hereditas. II. Ut sibi sciat delatam. III. Ut sit in ea caussa, ut obligare possit eum, cui hereditatem acquiret, sive alii acquirat.

Ante omnia delatam esse oportet hereditatem. Nemo † enim hereditatem adire potest, 5
cui delata non est, proinde nemo repudiabit, cui non sit delata, L. *si quis extraneus.* §. 1. L. *is qui potest de acquir. hered.* Delata † hereditas definitur, quam quis conse- 6
qui possit adeundo, *L. delata, de verb. sig.* Ut † possit quis hereditatem consequi, tri- 7
bus rebus efficitur: primo si testator mortuus est, de cujus hereditate agitur: deinde si hereditas delata sit iis modis, quibus oportet: postremo si hereditas heredi nondum quæsita sit. Primo mortuum oportet esse eum, de cujus hereditate agitur, quia † viventis 8
nulla hereditas est, L. 1. *de hered. vel act. vend.* Non potest autem delata dici hereditas, ubi nulla est, hinc illa tradita sunt: neminem pro herede posse gerere vivo eo, de cujus hereditate agitur, *L. nemo, de acquir. hered.* Hinc consequens de repudiatione, neminem item viventis repudiare posse hereditatem, *L. qui superstis, eod.* Utrumque, ut dixi, ex eo, quod viventis hereditas non defertur. Non potest autem acquiri, aut repudiari, quæ nondum est delata. Mortuo eo,

de

de cujus bonis agitur, videndum est, an hereditas delata sit iis modis, quibus jure de-
9 ferri potest et solet. Defertur † autem duobus modis, ex testamento et ab intestato. §. *ult.*
10 *Inst. per quas pers.* Testamento † defertur, non si testamentum solum valet, sed etiam si concurrit voluntas testatoris, quod ita fit, si heres pure sit institutus, aut institutus sub conditione, quæ jam extiterit. Pendente autem conditione hereditas non defertur. Proinde placuit pendente conditione hereditatem neminem adire posse, eoque nec repudiare, L. *is qui heres, in prin. D. h. t.* Hac de caussa placuit, quamdiu institutus admitti potest, tamdiu substitutum neque adire, neque repudiare posse, *L. quamdiu*, L. *in plurium*, *D. eod.* Quia substitutus omnis substituitur sub conditione, si institutus de-
11 fecit. Ab intestato † defertur hereditas, cum nullum testamentum est, aut siquidem est, non valet. Hinc rursum illa regula: Quamdiu ex testamento adiri hereditas potest, tamdiu ab intestato nec adiri, nec repudiari posse, *L. quamdiu, eod.* Et si forte plures erunt heredum legitimi gradus, nunquam posteriores adeundo, aut repudiando quicquam egerint, priusquam priores exclusi sint, quamvis posterioribus h. L. defertur hereditas, *d.* L. *in plurium*, *D. eod.* Nihil prodest aliquando iis modis delatam fuisse hereditatem, si ea hereditas jam quæsita sit heredi: quæsita repudiari non potest, quoniam nec amplius acquiritur: nam quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequit, §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Quæritur autem hereditas extraneis heredibus, si delatam adierint. Hinc est, quod dicitur in L. 4. neminem, qui semel adierit hereditatem, aditam repudiare posse, quia nec acquirere amplius potest. Is autem repudiare potest, qui et acquirere; nec potest acquirere ideo, quia non est delata. Tunc enim intelligitur etiam delata hereditas, cum quis eam consequi potest: non autem consequi potest; ut dixi, eam, quam jam acquisierit. Suis autem heredibus acquiritur statim hereditas ipso jure: Hinc rursum illud efficitur: Neminem suum heredem hereditatem adire posse, eoque nec repudiare potest, *L. is, qui putat*, *D. h. tit.*

12 Hoc primum † genus est, quod ad acquirendam vel repudiandam hereditatem necessarium esse dicimus. Alterum illud est, ut qui hereditatem adire volet, sciat sibi delatam esse hereditatem §. *ult. Inst. hered. qual. et differ.* Cujus rei hanc rationem reddidimus initio superioris tituli, quod hereditas animi destinatione aditur, aut acquiritur. Nihil autem animi destinatione geri, nisi et scientia certa potest, L. *in totum*, *de reg. jur.* Proinde in repudiatione idem jus servabimus. Hic regula de hac specie: In repudianda hereditate, vel legato, certus esse debet de jure suo is, cui hereditas, aut legatum defertur, L. *in repudianda*, *D. h. t. de acq. vel omitt. her.* Quod rursum eadem ratione efficitur, qua superius. Nam et contraria animi destinatione repudiari, exemplo erunt hæ species, in quibus dixi hereditatem non deferri. Ut ergo si viventis hereditas non defertur; ita si quis dubitet, an testator vivat, necne, hereditatem ejus nec adire, nec repudiare potest, quantumvis revera decesserit is, de cujus bonis agitur, *L. is qui, D. eod.* Similiter ut hereditas ex testamento, quod non valet, adiri non potest, aut repudiari; itemque ut pendente conditione nec adiri, nec repudiari potest: ita si testamentum valeat, et quis de viribus testamenti dubitet; item si conditio exstiterit, aut etiam si nulla conditio adiecta sit; si tamen de eo dubitet heres, hereditatem frustra adibit, frustra repudiabit, L. *heres institutus* L. *seq. D. eod.* Similiter si quis sit extraneus heres, cui vere sit delata hereditas, et nondum quæsita; si tamen se necessarium heredem putat, neque hereditatem adire, neque repudiare potest, ut si sit emancipatus, qui aliquo errore vel facti, vel juris non putet se emancipatum, aut qui putat se jure emancipatum, L. *is qui putat, et* L. *seq. eod.*

Tertium † genus necessarium esse dicimus 13
ad acquirendam hereditatem, ut is, qui hereditatem adire vult, possit obligare eum, cui acquirit. Hoc qui non potest, hereditatem adire non potest; quoniam hereditas obligat nos æri alieno, *L. more, D. eod.* Si acquirere non potest, nec repudiare potest. In hac autem caussa sunt duo genera persona-
rum: Pupillus, † cui delata est hereditas, et 14
filiusfamilias. Pupillus sine auctoritate tutoris obligari non potest, et ob hanc caussam nec delatam sibi hereditatem adire, § *neque Instit. de auctorit. tutor.* Hinc fit, ut nec repudiare possit sine tutorum auctoritate, *L. pupill. h. t.* Filiusfamilias non potest, nisi consentiente et jubente patre acquirere hereditatem, ne invitum patrem hereditate obliget, L. 6. *in princ. D. h. t.* Ideo nec repudiare potest sine consensu patris, *L. is qui*, §. *ult. D. h. t.*

Sed in hoc genere notandum est, quod dissimile est a primo. Nam in eo ita exigimus, ut hereditas delata sit, ut heres habeat

beat facultatem hereditatis adeundæ, aut repudiandæ: ut velimus etiam heredem hoc certo scire. In hoc postremo generaliter accipitur: satis est enim, si quis heres sui juris et pubes sit, ut hereditatem adire possit, et repudiare, non est necesse, ut sciat hanc suam conditionem.

Itaque qui de ea conditione dubitat, nihilominus recte adit et repudiat, L. *sed etsi eod.* Similiter et pubes, si hereditatem adeat, quanvis se pupillum falso existimat, tamen is error non nocebit, L. *qui se pupill. D. h. t.* Differentiæ ratio est, quia tametsi quis filiusfamilias esset, aut impubes, nihilominus ei æque hereditas delata esset. Cum dicimus hereditatem acquiri aut repudiari non posse, antequam heredi delata sit, et antequam delatam sciat, et antequam obligare possit eum, qui acquirit, hoc dicimus, etiamsi non adita, aut repudiata sit; tamen non prohiberi heredem postea delata hereditate, eam repudiare, quam prius ignoret, et adire eam, quam prius repudiarat. Qui superstitis voluntatem agnovit, non prohibetur eo mortuo repudiare, quia aditio præmatura nihil egit: et contra si superstitis quis hereditatem repudiavit, non prohibetur eo mortuo adire hereditatem, aut pro herede gerere, quia repudiatio præcedens nihil egit, L. *qui superstitis, D. eod.*

15 Repudiationis † effectus est aditioni contrarius. Unusquisque hereditatem adeundo sic acquirit, ut quæsitam postea repudiare non possit, duabus de caussis. I. Quia jam delata esse desiit, postquam quæsita est. II. Quia heres hereditate adita obligari cœpit creditoribus hereditariis. Nemo autem se facto suo liberat a creditoribus, nisi aut solvendo, aut satisfaciendo. Solutione ejus, quod debetur, tollitur obligatio. Satisfactio autem pro solutione est, nec aliis modis facto debitoris obligatio tollitur, L. *si rem*, §. *omnis, D. de pignoratit. action.* L. *si servum*, §. *nunc videamus*, *D. de verb. obligation.* Contra repudiando unusquisque hereditatem amittit, L. *is, qui heres, D. eod.* Quod eam vim habet, ut quanvis postea velit adire repudiatam, non possit; quoniam post ejus delationem desiit esse delata. Nemo autem non delatum acquirit; quorum utrumque traditur in L. 4. Sed posterius accipiendum est de his, qui repudiatam hereditatem nolentes, adire constituunt, quod nullis licet. Cæterum interdum ii, qui repudiant, coguntur adire, quod receptum est in his heredibus institutis, qui jussi sunt hereditatem restituere. Nam quanvis semel repudiarunt; tamen Senatusconsulto coguntur adire postulante fideicommissario, L. *nam quod*, §. 1. *ad Treb.* Horum utrumque ita est, si is, qui adiit hereditatem, aut repudiavit, sit major vigintiquinque annis, ut adjicitur in *d.* L. 4. *h. t.* Nam si minor hereditatem adiit, aut repudiavit, beneficio ætatis restitui in integrum potest, ut sibi repudiare liceat, quam adivit, et adire, si repudiavit, L. *ait prætor*, §. *non solum*, *et* §. *restitutus*, *D. de min.* Tit. *si minor. her. se abst. supr. et* Tit. *si ut omiss. hered. sequ.*

Sui quoque heredes hereditatem a se removere possunt, itidem ut extranei, sed hoc consequuntur non repudiando, sed abstinendo hereditate. Fit enim eis abstinendi potestas, edicto prætoris, *L. necessariis*, *eod.* Non possunt repudiare, quia repudiamus oblata nondum quæsita, *L.* 1. §. *decreta*, *de success. edict.* Suus autem jam statim heres exstitit, ex quo hereditas deferri cœpit, sed potest se bonis abstinere. Nam abstinemus rebus præsentibus et nostris. Hic videndum est, quid sit † abstinere, quando sui se 16
abstineant, quibus detur abstinendi facultas, et abstentio quid efficiat. Abstinere proprie est non attingere res hereditarias. Sed intelligendum; abstentionem, de qua loquimur, non esse hujus facti solius, si quis non attingat, et ideo si quis suus heres est, priusquam attingeret res hereditarias, quam decesserit, si nihil aliud de voluntate sua testatus est; nihilominus hereditatem ad suos heredes transmittet, L. 3. *sup. prox. tit.* Quia non attingendo non dicitur se ideo abstinuisse; sed abstinere animi est, non solius facti. Itaque breviter suus heres se abstinere dicitur hereditate, cum testatur se nolle hereditatem retinere: nam hoc verbum describitur in L. *servum quis*, §. *prætor*, *D. eod.*

Abstinere † se intelligitur suus heres, cum hoc de voluntate sua est testatus, non tantum si in judicio et jure id faciat, sed etiam si extra judicium quovis loco. Dubitari vero potuit, an cum edicto prætoris abstinendi facultas concederetur, necesse sit in eo prætorem adire, qui hanc daret facultatem, ut hoc modo recte abstineretur hereditate. Et placuit in eo necesse non esse adire magistratum, *L. ei qui*, 12, *D. eod.* Omnibus suis heredibus abstinendi facultas datur, non tantum impuberibus, sed puberibus etiam, dis- 17
simili tamen conditione. Nam impuberibus † 18
sine conditione data est, sive se immiscuerint bonis, sive non, L. *impuberibus*, L. *necessariis, in princ. eod.* Puberibus autem dua-

duabus his conditionibus, si se non immiscuerint, et si per eos factum non sit, quo quid de hereditate amoveretur.

Unde intelligimus, ex puberibus duo genera esse eorum, quibus abstinendi facultas non est. Primum est eorum, qui se bonis immiscuerint, *d. L. necessariis*, *eod.* Immi-
20 scere † se bonis dicitur suus heres, cum bona hereditaria tractat ut heres, et ut breviter dicam, qui remoto potestatis vinculo pro herede se gerit, L. *eum bonis*, *D. h. t.* idest, qui id facit in hereditate patris, quod filius emancipatus faciendo diceretur pro herede gerere. De eo dixi *ad L. si is*, *qui bonis.* Quid sit pro herede gerere dixi *ad L.* 2. *eod. tit. sup.* Hæc igitur qui fecit in hereditate patris, hereditatem postea non potest rejicere, quoniam nec hereditatem repudiare potest extraneus, qui adeundo eam quæsivisset vel pro herede gerendo.

Hinc quæsitum L. 3. *hujus tit.* pubes patri suus heres exstiterat, et se immiscuerat bonis, cum esset præteritus testamento patris, et injustum testamentum patris diceret: deinde controversia orta inter eum et scriptum heredem, transegit cum herede, et cavit se nihil amplius de hereditate ea petiturum: deinde cœpit petere. Duo videbantur ei obstare. I. Quod videretur superiore conventione se abstinuisse hereditate, eamque respuisse, ac proinde repudiasse. II. Obstabat et transactio. Rescriptum est, conventionem ei nihil obstare, quominus sit heres, quia hereditatem quæsitam sic accipit, se immiscendo. Deinde, non obstare transactionem in specie proposita, quia facta esset transactio, nullo retento, nullo dato, nullo promisso, cujus generis transactiones non valent. Interim hæc sententia confirmatur, et in suis heredibus hoc jus valet, ut si se immiscendo quæsierunt hereditatem, postea contraria voluntate eam rejicere non possint.

Alterum genus eorum est, qui non solum quid amoverunt ex hereditate, sed etiam qui dederunt operam, ut amoveretur, *L. si servum*, *eod.* ubi hic locus usque ad finem legis dilucide explicatur.

21 Abstentionis † effectus hic est, ut quamdiu suus heres in eadem abstentione manet, ea omnis consequatur, quæ tribuuntur extraneis heredibus, cum repudiaverunt L. *pro herede*, §. *Papin. in fin. D. h. t.* Unde suus heres abstentione duo consequitur. I. Ut non teneatur creditoribus hereditariis, non magis, qnam extraneus, qui repudiavit *d. L. necessariis*, *eod.* II. Si quas actiones adversus patrem amisit, dum patri heres exstitit, illi restituuntur integræ actiones, postquam abstinuit hereditate, *d.* L. *eum demum*, §. *ult. D. eod.* Sed quemadmodum abstinenti non nocet aliquando heredem extitisse, sic ei hereditas non prodest. Itaque hereditatem non habet, et si interim decedat, hereditatem ad suos heredes, non transmittit, *L. filius*, *qui se*, L. *Julianus*, *seq. D. h. t.*

Sed hi effectus sunt in persona sui heredis, qumdiu in eadem abstentione perseverat. Cæterum extra personam impuberis, et aliis in rebus diligenter tenendum est, suum heredem, postquam se abstinuit, nihilominus jure civili heredem manere, qui semel exstitit: quoniam, ut supra dixi, semel teneri cœpit creditoribus hereditariis, ab his nullo suo facto liberari potest. Et hæc definitio est juris certi, eum, qui semel exstitit heres, nunquam heredem esse postea desinere, L. *ait prætor*, §. *sed Papinianus*, *D. de minor. L. ei*, *qui solvendo*, 88. *de hered. instit.* Neque vero sine effectu hoc statuitur, ut quis putet rem hanc esse positam in subtilitate juris civilis, cum jure prætorio is, qui se abstinuit, pro herede non habeatur. Hujus juris effectus tres sunt. Primus in confirmatione testamenti, ut si ad res aliquas confirmandas, quæ testamento erant datæ, opus sit herede, ibi ad earum rerum confirmationem satis sit suum heredem exstitisse, quanvis se postea abstineat, quia et post abstentionem heres manet; utputa libertates testamento datæ non debentur, ubi nemo heres exstitit, L. 9. *D. de testament. tut.* Et hæ valebunt, si semel heres aliquis suus exstiterit, quanvis postea se abstineat, L. *sciendum*, *D. de man. test.* L. *cum quasi*, §. *sed et si quis*, *vers. sed et si suus*, *D. de fid. lib.* Idem et in secundis tabulis contingit. Secundæ tabulæ, seu pupillares, idest, substitutio pupillaris non valet, ubi ex testamento patris nemo heres exstitit, L. 1. §. 1. *de vulg.* dicimus, ut secundæ tabulæ valeant, satis esse, si quis suus heres patri exstiterit, quanvis se postea abstineat, L. *Julianus*, *L. filius*, *qui se* D. *de acquir. her.*

Secundus effectus est in rerum hereditariarum administratione, quas suus heres ante abstentionem administravit. Nam quæcunque heres suus gessit in rebus hereditariis, omnia rata sunt et manent, quanvis postea se abstinuerit, dummodo bona fide, *L. quoties*, *de acquir. hered.* Utputa, debitores hereditarii solvebant has res, quæ servando servari non possunt; heres easdem res distraxit, et pretium consecutus est; dicimus, quanvis postea se abstineat, tamen et debitores

tores recte liberatos esse: et emptores de rebus emptis inquietari non posse, quanvis pupillus omnia, quæ consecutus erat, amiserit, *d. L. quoties.* Bona autem fide in his rebus versatus intelligitur, cum eatenus, liberavit debitores, quatenus ab his accepit, et cum res quæ conservari non poterant, vendidit, et tanti vendidit, quanti valebant. Non bona fide autem res gesta est, si debitores ultro, antequam solverunt, liberaverit vel paciscendo, vel acceptum his ferendo, aut si res multo minoris vendidit.

Tertius effectus est, et is præcipue animadvertendus, qui cernitur in hereditatis acquisitione, longe dissimilis repudiationi. Nam cum quis voluntarius heres hereditatem repudiat, repudiatione hereditatem admittit L. *si is*, D. *de acq. hered.* idest, ut explicatur in L. 4. *h. t.* ita desinet heres esse, ut si velit hereditatem postea adire, non possit. Abstentionis longe dissimilis effectus. Nam suus heres abstentione tandiu heres esse desiit jure prætorio, quamdiu in eadem voluntate manet; cæterum ex pœnitentia si volet esse heres, fiet. Quinimo si immiscuerit se bonis paterni, post abstentionem; nisi probet se alio animo fecisse, quam ut heres esset, obligatur invitus creditoribus hereditariis ut suus, *L. si quis suus, D. de jur. deliber.* Quæ sententia in *L. ult. infr.* confirmatur, sed id colligitur præcipue ex L. 1. *et* 2. Nam in L. 1. dicitur, si suus heres, postquam se abstinuit, habitet in domo hereditaria: non posse eum a creditoribus conveniri, si habitaverit non ut heres, sed ut inquilinus et custos. Unde contraria conditione recte et manifeste colligitur, si heres inhabitet: teneri eum creditoribus hereditariis, ac proinde esse heredem, quia aliter creditoribus teneri non possit. In L. 2. dicitur item, si suus heres, postquam se abstinuit, comparaverit res bona fide hereditarias a creditoribus, non teneri eum creditoribus posterioribus. Unde rursum intelligitur teneri eum sub contraria conditione, si mala fide comparaverit. Hinc quæstio in his duabus legibus, utrum his factis, quæ hic proponuntur, dicendus sit suus heres se immiscuisse, an non? de quo paulo post in extremo dicetur.

Sed et hæc potestas post abstentionem iterum hereditatem acquirendi intra certas metas conclusa est, *L. ult. infr. h. t.* Ad hanc sententiam finitur hæc potestas duobus modis. Primo, si res hereditariæ, seu bona omnia hereditaria distracta sint, quod jus etiam olim obtinebat, *d. L. si quis suus, de jur. deliber. L. quod si minor.* §. *Scævola, D. de minor.* Confirmatur *in prin. L. ult.* Et adeo olim hereditariis rebus distractis non poterat suus heres post abstentionem redire ad eandem hereditatem, ut nec in integrum restitutio ea caussa illi concederetur, vel adversus substitutum, qui vendidisset bona, vel adversus legitimum heredem, qui post abstentionem hereditatem adiisset, ut traditur in dicta *L. quod si minor.* Justinianus autem in hac parte restitutionem dedit minoribus in hac *L. ult. circa fin.* Unde intelligimus hac Justiniani lege derogatum esse dictæ *L. quod si minor*, §. *Scævola.* Nam constitutio Justiniani est una de 50. decisionibus ejus.

Præterea † finitur superior potestas tempore, quanvis rebus adhuc integris in hereditate manentibus, nempe finitur post triennium, quod cedit varie. Nam his, qui intra vigesimum nonum annum se abstinuere, hoc triennium cedit tantum ex fine vigesimi noni anni. His autem, qui post hanc ætatem se abstinuere, cedit statim post triennium, ex quo se abstinuere. Ex hac parte quæsitum est, quando videatur heres, qui se abstinuit immiscuisse, et ex quibus factis videatur abstinere, quæ sunt quæstiones *L. 1. et 2. hic.* 22

Ex his autem rescriptis hæc summa colligitur: videri suum heredem se immiscuisse bonis paternis, quoties aliquid de bonis paternis tractaverit, vel inhabitando ædes, vel res hereditarias possidendo, tenendove, nisi eluceat alio se animo tractasse, et alio jure quam hereditatis.

Exempla sunt hæc: si inhabitaverit in domo hereditaria, videtur se immiscuisse; nisi ut inquilinus, aut custos id fecit, quod exemplum L. 1. Quod si de eo ambigatur, an inhabitaverit ut inquilinus, aut custos; uter probare debet, adversariusne eum habitasse ut heredem, an vero hic, qui inhabitaverit, se non pro herede, sed ut inquilinum habitasse? Et ex rescripto perspicuum est, suum heredem ad sui defensionem dicere debere, se inhabitasse ut inquilinum, aut custodem; ex quo intelligitur id probare debere eum, quia est regula juris: eum probare, qui dicit, non qui negat, L. 2. *de probat.* Itaque et in re dubia ut heres inhabitasse intelligitur.

Sed cur potius ut heres existimatur id fecisse, quam ut inquilinus, cum proniores debeamus esse ad liberandum, quam ad obligandum? *L. Arrianus, D. de obligat. et action.* Respondeo: quia quotiescunque quis re aliqua suo jure uti potest, et in eadem re furtum facere, aut prædari, benignius et pro-

proclivius creditur eum suo jure fecisse potius, quam aut furtum commisisse, aut prædatum esse, L. *merito autem D. pro socio.* Similiter si filius suus heres res hereditarias teneat et possideat; videbitur, ut heres fecisse, nisi doceatur eum alio jure fecisse, quam hereditario. Id autem probatur, si res emit a creditoribus hereditariis, quod est exemplum L. 2. Nam qui emit, non hereditario jure, sed emptoris possidet, idest, si filius suus heres bona fide res comparavit. Unde intelligimus, si comparaverit mala fide, pro eo haberi, atque si se immiscuisset, L. *si is qui, D. acq. hered.* Probatur autem fraus et mala fides alias recte et aperte, ut cum probatur de consilio fraudandi inter creditores et filium inito. Probatur item ex conjecturis, sunt autem hæ, si filius per suppositam personam emptoris emerit, et si apposuerit aliquem, qui emeret a creditoribus et ipse deinde ab eo emptore possidere reperiatur, quæ conjectura est *d.* L. *si is qui bonis, de acq. hered.* Potest hæc quoque conjectura fraudis esse, si creditores non justo pretio res vendiderint. Item, si prius vendiderint, quam bona possidere cœpissent.

Adjicitur in *eadem* L. 2. cum filius bona fide comparavit a creditoribus res hereditarias, non posse eum conveniri a posterioribus creditoribus, quibus eædem res pignori erant obligatæ, et recte; quia filius a prioribus emendo in eorum locum succedit, ita ut ultro actiones habeat ad persequendum pignus adversus posteriores creditores. Multo igitur magis adversus eos possidens retentionem habebit, *L.* 1. *infra*, *si antiq. creditor.* Quod si autem filius mala fide ab his emerit: primum heres erit, ut dixi; deinde recta a posterioribus creditoribus convenietur, duabus de caussis. I. Quia non emit, cum emit, si res illius sunt hereditario jure; rei autem nostræ non consistit emptio, quæ pars confirmatur in *L. debitor, de pign. action.* Deinde, quia in prioris creditoris locum succedere non potest, cui a defuncto deberi nihil potest. Non potest autem heredi quicquam deberi ex caussa hereditaria, quoniam etsi ei deberetur, prius tamen aditione hereditatis obligatio tolleretur, *L. creditori*, *L. debitori*, *supr. de pact.*

AD TI-

AD TITULUM XXXII.

QUEMADMODUM TESTAMENTA APERIANTUR, INSPICIANTUR, ET DESCRIBANTUR.

Ad L. Ut testamentum. 1.

Imp. Alexander A. Proculæ.

Ut testamento quod dicis factum, proferatur, et publice recitetur, competens judex jubebit. PP. II. Kalend. April. Maximo. II. et Æliano Coss.

Ad L. Testamenti. 2.

Impp. Valerian. et Gallien. Alexandro.

Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur, affirmans: potes illuc perferre, ut secundum leges moresque locorum insinuentur: ita scilicet, ut testibus non præsentibus, adire prius vel pro tribunali vel per libellum rectorem provinciæ procures: ac permittente eo, honestos viros adesse facias, quibus præsentibus aperiantur, et ab his rursum obsignentur. PP. XII. Kal. Januarii, Maximo. II. et Glabrione Coss.

Ad L. Ejus quod. 3.

Impp. Diocletianus et Maximian. AA. et CC. Aristoteli.

Ejus quod ad caussam novissimi patris vestri judicii pertinet, de calumnia tibi juranti, præter partem quam aperiri defunctus vetuit, vel ad ignominiam alicujus pertinere dicitur inspiciendi ac describendi, præter diem et consulem, rector provinciæ facultatem fieri jubebit. Dat. VI. Kalend. Maji. CC. Coss.

Ad L.

Ad L. Codicillos. 4.

Impp. Gratian. Valentinian. et Theod. AAA. ad Hesperium. PP.

Codicillos, seu scripturam quolibet tenore formatam, ea oportebit observatione in publicum proferri, qua testamenta panduntur. Dat. III. Kalend. August. Mediolani, Ausonio et Olybrio Coss.

SUMMARIA.

1. *Interest heredis ad adeundam hereditatem tabulas apertas esse, ut de jure suo possit ex illis tabulis cognoscere.*
2. *Deinde interest heredis tabulas testamenti non quovis modo aperiri et inspici, sed aperiri per magistratum.*
3. *Competens magistratus quis sit.*
4. *Per libellum quando adiri dicatur magistratus.*
5. *In aperiendis tabulis qui servetur ordo.*
6. *Reipublicæ interest suprema judicia hominum exitum habere.*
7. *Tabulæ testamenti quibus modis aperiri debeant.*
8. *Testamentum insinuari et publicari debet.*
9. *Insinuare testamentum est actis insinuare.*
10. *Referre in acta quid sit.*
11. *In re dubia a verborum significatione recedi non debet.*
12. *Improbum est, sollicitum esse de hereditate viventis.*

INterest heredis ad adeundam hereditatem aperiri tabulas testamenti, et eorum omnium interest, quibus quid eo temento est relictum: ut si forte quid sub conditione relictum sit, conditioni pareant: si conditio jam exstiterit, sciant relictum ad se pertinere. Interest amplius istorum omnium, non tantum aperiri testamentum, sed certo modo aperiri per magistratum, ut fides earum tabularum confirmetur. Interest præterea ad publicam et perpetuam fidem non tantum eas tabulas per magistratum aperiri et approbari, sed etiam insinuari. De his igitur tribus agitur hoc titulo et D. eod. Quæ cum pertineant ad hereditatem adeundam partim, partim ad eam ex testamento retinendam, recte et ordine hæc tractatio superiori adjicitur.

1 Principio † interest heredis ad adeundam hereditatem tabulas apertas esse, ut de jure suo possit ex illis tabulis cognoscere, quod priusquam cognovit, hereditatem adire non potest, nec repudiare, §. *ult. Instit de hered. qual.* L. *in repudianda*, *de acquir. hered.* Nam quod dicitur in *L. unica*, §. *in novissimo*, *infr. de cad. toll.* posse hodie heredem et apertis tabulis et clausis, hereditatem adire, de herede accipiendum est, qui alio modo sciat se heredem esse, quam apertis tabulis, cujusmodi est is, qui interfuit, cum testator testamentum fecit, et palam suum testamentum recitandum curavit. Quod si heres non potuit cognoscere aliunde, an heres scriptus esset, nec ne, opus est, ut ex tabulis testamenti id cognoscat, nec prius hereditatem poterit adire, quod significatur in *L. ult.* §. 2. *supr. de jur. delib.* Ad hanc autem rem nihil interest, quando tabulæ testamenti aperiantur, neque quæ tabulæ testamenti. Si tabulæ testamenti sua natura sunt patefactæ, ut sæpe testatores eas non claudunt: sufficiet eas tabulas per se aperire et inspicere, ut heres de jure suo certus esse possit; neque necesse erit magistratum adire, quo jubente tabulæ aperiantur et inspiciantur, L. *si in duobus*, §. 1. *D. eod.* Si testator duobus exemplaribus testamentum fecit, eadem solemnitate in utroque adhibita, et alterum exemplum apertum est: sufficit ad adeundam hereditatem, neque necesse est alterum exemplar aperiri et cognosci: etiam si enim duo sint exemplaria, unum tamen est testamentum, *d.* L. *si in duob.*

Quod si testator unum testamentum fecerit, deinde ex eo exemplum descripserit sine solemnibus, tabulæ testamenti nondum apertæ intelliguntur. Aperto autem exemplo nihil est actum, neque ea res ad cognitionem juris suo heredi proderit, *L. ult. D. eod.* quia ita jus est, ut exempla fidem non faciant

ciant, L. 2. *de fide instrumen. auth. si qui in aliq.* supr. *de edendo.*

2 Interest † amplius heredis, tabulas testamenti non quovis modo aperiri et inspici, sed aperiri per magistratum, ita ut fides earum tabularum confirmetur, si quando opus erit adversus legitimos heredes testamento controversiam facientes. Idemque fieri et legatariorum interest, et omnium, quibus quid eo testamento relictum. Ob hanc caussam in hac parte edicti præscribitur certus modus, quo tabulæ testamenti aperiantur. In eo magistratus et judex adeundus est, quo jubente tabulæ testamenti aperiantur. Jubetur autem adiri competens judex, ut est in L. 1.
3 *h. t.* Competens † est magistratus, qui jurisdictioni præest, puta olim Romæ prætor, in provinciis præses, *L. ab initio*, *eo. L.* 2. *in fin. h. t.* In eo autem non necesse est adire magistratum sedentem pro tribunali; sed etiam adiri per libellum potest, ut est in *d.* L. 1. *in fin.* Sensus est, posse eum adiri de
4 plano. Per libellum autem † dicitur adiri magistratus, quoties libello supplici ab eo postulatur, quod ejus auctoritate transigi debet, sine caussæ cognitione, *L. nec quicquam*, §. 1. *de officio proconsul.* Talis est hæc postulatio de aperiendis tabulis testamenti.

5 In his autem † aperiendis hic servatur ordo et ratio earum confirmandarum. Magistratus jubet per apparitores suos cogi adesse testes, eosdemque signatores testamenti, ut præsentes sigilla sua recognoscant, vel sua esse negent, L. *cum ab initio*, *et* L. *seq. D. eod.* Sed quare jubet hoc fieri? Ut recognitis sigillis, declaret magistratus, recognita esse sigilla a testibus, eoque testamentum esse legitimum, id quod postulatum est, et idem esse solemne.

Quod si testes et signatores negabunt, sua signa esse, incipiunt suspectæ esse tabulæ, si vel unus id fecit, L. 1. *in fin. eod.* Notandum est autem hic duas ad res cogi testes et signatores. Primo, ut jussi conveniant apud prætorem, idest, jussi agnoscant sigilla sua, vel esse negent, *dict. L. cum ab initio.* Convenire et adesse jubentur, sed hi, qui præsentes sunt in his locis, ubi aperitur testamentum; si signatores absunt, mittitur ad eos domum, non evocantur, ut domi signa recognoscant, L. *sed si quis*, *D. eod.* Coguntur autem omnes, sive præsentes, sive absentes, ad quos domum mittitur, jussi signa sua cognoscere, aut repudiare. Ubi quæritur quare necesse sit, ad eam rem cogi signatores, ubi forte controversia non sit de testamento, et nulla necessitas litis præsentis cogat testimonium ferre? Adversus hanc rationem ratio redditur in L. *vel negare*, *D. eod.* quia reipublicæ † interest suprema hominum ju- 6
dicia exitum habere. Quid si jussi signatores adesse, aut recognoscere signa sua, non pareant? Respondeo: jam dixi a prætore eos cogendos; cogendi ratio est, ut iis mulctam dicat, quam ab iis exigat, nisi pareant. Est enim unum ex remediis prætoriis, seu magistratus ad cogendos inobedientes cives.

His rebus † peractis prætor jubebit testa- 7
mentum aperiri et recitari. Sed ne quid falsi postea admittatur, aut ne quid suspectum fiat, aperietur testibus præsentibus, idque fit tribus modis. Primo, testibus iisdemque signatoribus testamento præsentibus, si omnes adsint: deinde his non præsentibus, si major pars adsit, *L. si major*, *D. eodem.* Postremo, si testes, iidemque signatores non adsint, et necessitas aliqua urgeat, ut testamentum aperiatur et cognoscatur: curet magistratus id aperiri intervenientibus aliis honestis personis, quibus præsentibus aperitur et recitatur testamentum, et ab iisdem postea testamentum descriptum obsignari, L. *sed si quis*, *in fin. D. eod L.* 2. *h. t.* Sed in omnibus his hoc cavetur, ut si testamentum apertum erit, priusquam alii ex signatoribus præsentes recognoverint sigilla sua, ad eos postea mittatur, sigilla sua recognoscant. Hæc ideo desiderantur, ut intelligamus, sive testes mortui sint, qui sigilla sua non recognoscant; sive præsentes negent sigilla sua esse; sive his agnoscentibus testamentum, non sit apertum jubente magistratu: testamentum non facere fidem, vel negante uno teste signum suum etiam tabulæ suspectæ fiunt. *L.* 1. *in fin. supr.* His demortuis et non agnoscentibus sigilla sua, ut significatur in *L. vel negare*, *D. eod.* supremum judicium defuncti exitum non habebit. Proinde recte initio diximus hoc modo, atque ordine testamenta aperiri interesse et heredis et omnium, quibus quid relictum est, ut testamenta in posterum fidem faciant. Cum autem res isto ordine transacta erit, nihil in posterum deerit ad fidem tabularum testamenti, ut probetur a testatore scriptum id factum esse.

Sed tabulæ testamenti intercidere possunt, vel casu amitti, vel incendio, vel alio casu, vel ita subtrahi, ut non exstent. Proinde, ad certam et firmam fidem testamenti, interest id tertium fieri, de quo † initio pro- 8
posuimus, nempe testamentum insinuari et publicari; de qua specie agitur in L. 1. *et* 2. *h. t.* ut verba publicandi et insinuandi testa-

9 stamenti declarant. Insinuare † testamentum, est insinuare actis, hæc enim duo pro eodem accipiuntur, *L. in hac*, L. *in donationibus infr. de donationib.* Id autem tum fit, cum testamentum ita apertum est, ut supra dixi. Magistratus jubet apud acta testamentum publice legi et recitari; deinde a scriba pro officio suo jubet testamentum describi et in acta judicialia publica descriptum referri,
10 seu mandari actis publicis. Refferre † in acta est, quod recentiores Imperatores dicunt insinuare actis, quasi dicat efficere, ut res in actis accipiatur, et illis commendetur.

Hoc cum ita factum est, exemplum testamenti, quod in acta publica relatum est, deinceps sine ullis testibus publicam fidem facere potest, *L. in donationibus*, *D. de donat.* Sed hac lege, si priores tabulæ testamenti casu non interciderint, ut traditur in L. 2. *de testamen.* ubi plura dixi, et præterea ostendimus, apud quos judices testamenta nostra insinuentur, de quo *L. testamenta et L. consulta, supr. de testam.* item ex *dict. L. in hac*, *D. de donatio.* Ex quibus locis intelligitur, quis sit ille competens judex, qui commemoratur in Lege 1. *h. t.* per quam publice testamentum recitari debet, et publicari. Ex fide autem publica, quam exempla in acta relata nanciscuntur, factum est, ut quod instrumentum insinuatur actis, idem dicatur publicari.

Hæc omnia facile transiguntur, cum testamentum est penes eum, qui aut cognoscere vult, aut eo modo aperiri et publicari, ut dixi. Nam si testamentum sua sponte patefactum est, potest apud se inspicere; si est clausum, potest ad magistratum referre et petere, ut solemniter aperiatur. Sed quid si testamentum sit penes alium, qui non patiatur testamentum, vel ab herede, vel legatario, vel aliis desiderantibus inspici et proferri? In hac re altera parte edicti prætoris prospicitur desiderantibus, ut id consequi liceat. Est autem in hac parte hæc sententia edicti: Pollicetur prætor omnibus desiderantibus tabulas testamenti inspicere et describere, ad quos ea res pertinere dicetur, jurantibus non calumniæ caussa se id petere; potestatem se facturum inspiciendi describendique, quodcunque ad caussam testamenti pertinebit, præter pauca quædam, quæ eo edicto, vel sententia edicti excepta sunt, idque se constituturum adversus eum, qui tabulas testamenti apud se esse non negabit: et si is potestatem facere nolit, adjicit prætor se compensaturum.

In hoc edicto, seu in hoc jure hæc capita spectanda sunt. I. Quibus personis id concedat prætor, et qua conditione. II. Quid concedat, adversus quos, quibus in rebus III. Quando concedat et effectum det, quod concedit. Principio prætor pollicetur hoc beneficium omnibus sine exceptione desiderantibus tabulas testamenti inspicere, seu describere, L. 1. *D. eod.* Ergo omnibus, sive eorum intersit, sive non, et hoc ita est, si tamen hi, qui desiderant, dicant sua interesse, vel quia illis aliquid relictum sit, vel quia implicitam cum aliquo controversiam habeant, de qua judicari non possit, nisi cognitis testamenti verbis, ut colligitur ex ratione *d. L. 1. et 2. in prin.* Sed intelligendum est, cum quis dicit eam rem ad se pertinere; non tamen id debere probare, neque summatim: sed tantum ut desideranti imponatur prius, ut juret non calumniæ caussa id se petere, idest, sua interesse ita, ut dicit: quæ pars indicatur in L. 3. *in pr. h. t.* Ex qua conditione satis confirmatur id, quod in edicti sententia continetur, non concedi hoc beneficium, nisi his, ad quos ea res pertinere docetur, cum id confirmare debeant jurejurando ita esse.

Pollicetur autem prætor se desiderantibus potestatem facturum inspiciendi et describendi, *d.* L. 1. *D. eod. et* L. 3. *h. t.* Cujus autem rei inspectionem, et descriptionem concedit prætor? Ejus quicquid ad caussam testamenti pertinebit, ut intelligitur ex *d. L.* 2. §. 1. *D. eod.* et ideo L. 3. iisdem verbis utitur, ut intelligamus eam descriptionem esse ex edicto. His verbis continentur 1. tabulæ testamenti. Sed an cujusvis testamenti? Quid enim si testamentum vel imperfectum, vel injustum sit, et denique si non valeat. Movet quæstionem, quod edictum *testamenti* verbo utitur. Non est autem proprie testamentum id, quod non valet. Porro † in re 11
dubia a significatione verborum recedi non oportet, L. 1. §. *in re de exercit. act. L. non aliter*, *de* L. 1. Et placuit edictum ad cujusvis testamenti tabulas pertinere, sive justum sit, sive non justum, sive perfectum, sive imperfectum, *d. L.* 2. §. 1. Id quod dictum est ex sententia edicti. Nam propositum est prætori in hac concessione inspiciendi describendique testamenti, ut cognosci possit, quid testamento scriptum sit, et qualis sit scriptura. Hoc enim non minus de injusto et imperfecto testamento cognosci potest et debet, quam de justo et perfecto. Cognita autem sententia scriptoris recedimus a significatione verborum propria et sententiam scrutamur, *d.* L *non aliter*, *d.* L. 1. Sic tamen, quodvis

vis testamentum continetur verbis edicti, ut intelligatur testamentum mortui, non viventis. De viventis testamento nihil pollicetur prætor; et ideo si dicetur adhuc vivere testatorem, cognoscet prætor an ita sit, necne; et si liquebit eum vivere, nihil de testamento statuet, L. 2. §. *si dubitet*, *D. h.*
12 *t.* Et merito: nam † improbum est, sollicitum esse de hereditate viventis. L. 3. §. *interdum*, *de vulg.*

Iisdem verbis præter testamentum continentur codicilli ad testamentum pertinentes, idest, tabulæ secundæ, seu pupillares, seu substitutio pupillaris. Nam et hæc pars est paterni testamenti, ideoque, ut et hæc inspiciantur, describanturque, unusquisque desiderare potest ex hoc edicto, L. *pen. D. eod.* Sunt tamen hic quædam res, quæ excipiuntur. I. Excipit prætor diem et consulem testamento adscriptum. Utrumque et describi et inspici etiam prohibet, ne quid falsi fiat, *L.* 3. §. *diem*, *D. eod. L.* 3. *h. t.* Consulem dicit; quia erat in more Romanorum, annos notare consulibus; nam singulis annis novi creabantur consules. Itaque hodie intelligimus his verbis excipi diem et annum, qui testamento sit adscriptus. His enim temporibus cognitis facile aliud testamentum fieri potest, quasi eodem die et tempore scriptum, ut idem cum vero testamento esse dicatur. Excipit præterea jus eam partem testamenti, quam testator noluit aperiri, *d. L.* 1. *h. t.* et recte; nam quæcunque hic cauta sunt, eo computata sunt, ut, supremæ voluntates exitum habeant, *L. vel negare*, *D. h. t.* Proinde et in hac parte maxime voluntas testatoris est servanda, ne quid adversus voluntatem ejus aperiatur, retineatur, cognoscatur. Intelligitur autem testator id negare, non tantum aperte, sed etiam in tabulis pupillaribus, cum eas separatim scribit et claudit. Itaque ob hanc caussam clausæ tabulæ pupillares non aperiuntur a magistratu, nisi caussa cognita, L. *pupillares*, *eod.* Caussa autem interdum exigit, ut etiam hæ aperiantur, ut si mulier ventris nomine (n'i substitutio facta est) in possessionem missa sit. Ideo enim tum necesse est aperire tabulas pupillares, ut sciatur quis, quomodo curator detur bonis, *L. si mulier*, *D. eod.*

Tertio loco jus excipit eas partes testamenti, quæ ad ignominiam alicujus scriptæ intelliguntur, *d. L.* 3. *h. t.* Exempligratia, si testator ita heredem instituat, *ille qui nuper in hac urbe fustibus cæsus est*, *heres esto.* Hanc partem non permittit prætor aperiri et cognoscit prætor repugnantem ei, qui tabulas testamenti penes se habet: nam hæc pars ad ignominiam heredis est scripta. Et merito non permittit prætor hanc partem aperiri, quia desiderantis nihil interest. Quisquis vero ita scribitur, ejus institutio nullius est momenti, idemque est, si quid sub ejusmodi signo aliove relinquatur, L. *quoties*, §. *si quis nomen*, *de hered. instit.* Initio autem dixi: non fieri potestatem describendi testamenti, nisi his, qui sua interesse dicant. An autem pars aliqua, ad cujus ignominiam scripta sit, ipse prætor cognoscet, et si ea lecta, deprehenderit talem esse: non permittet inspici, multoque minus describi. Hanc petitionem inspiciendi et describendi testamenti, non pollicetur prætor se facturum adversus omnem possessorem testamenti, sed adversus eum tantum, qui tabulas testamenti apud se esse non negavit; *L.* 2. §. *ult. D. h. t.* Quid ergo si quis dicatur tabulas testamenti apud se habere, et eo negante se habere, actor dicat se esse paratum id probare, an non poterit consequi, ut sibi tabulas inspicere describereve liceat? Imo poterit, sed id consequitur non hoc edicto, sed ordinaria via, nempe actione in factum de tabulis exhibendis, ut adjicitur in *dict.* L. 3. *in fin. D. eod.* Multum autem interest, utra via quis experiatur hoc edicto, an vero interdicto de tabulis exhibendis. Nam in interdicto de tabulis exhibendis, si quis neget tabulas testamenti apud se esse, judicium instituitur, in quo de ea re cognoscitur. Si judicio probatum erit, tabulas apud eum esse, cum quo agitur: jubebitur arbitrio judicis exhibere eas, ac describendi et inspiciendi potestatem facere. Quod si reus arbitrio judicis non paruerit, sequitur condemnatio, quanti ea res erit, idest, quanti actoris intererit tabulas exhiberi. Hic ordo est arbitrii et condemnationis in omnibus actionibus in rem et ad exhibendum. Regula juris generalis est L. *qui restituere*, *de rei vind.* L. 3. §. 2. *de tabul. exhiben.* Quod si controversia erit, quanti intersit actoris, non exigentur ab eo probationes sed et jurejurando ejus æstimabitur, ut fit in hujusmodi actionibus, quæ sunt in rem et ad exhibendum L. *in actionibus*, *de in lit. jur. L. qui restituere*, *de rei vindicat.*

At ex hoc edicto cum aliquis non negavit tabulas testamenti apud se esse, si neget se exhibiturum: actio adversus eum non datur, sed officio magistratus compellitur exhibere tanquam judicatus. Nam confessio in jure pro indicato habetur, L. *unic. infra*, *de confess.* Hæc est illa compulsio, de qua in *dict.*

dict. L. *penult. D. hic.* Compellit autem magistratus remediis suis, idest, aut vi et manu, dum per apparitores auferet testamenti tabulas, si exstabunt, ut fieri solet in his judiciis, in quibus magistratus decretum suum exsequitur, argum. *dict.* L. *qui restituere*, *et* L. 3. *ne quis eum*, *qui in poss. miss.* aut mulctam dicet recusanti possessori, et pignora capiet, ut his distractis mulcta exigatur. Et hæc remedia sunt prætorum, ut dictum *L.* I. §. *ex hoc*, *de vent. inspic.*

Hæc omnia, quæ supra dixi de aperiendis et recitandis tabulis, aguntur in his locis, ubi testamenta scripta sunt, nisi testator testamentum jusserit alio transferre, veluti si exiturus Roma, testamento facto jubeat testamentum in patriam suam perferri. Nam ex voluntate testatoris recte in patriam perferetur, nec alibi cogetur quis aperire, inspiciendi potestatem facere; quo pertinet *lex* 2. ubi adjicitur testamentum in his locis, in quæ testamentum testator perferri voluit, aperiri secundum consuetudines moresve locorum, quod de eo dictum est, ne quis putet apud magistratum census tantum aperiri posse ex præscripto L. *testamenta*, *L. consulta de testament. supr.* sed ut sciamus, apud quosvis judices eorum locorum testamentum recte aperiri juxta formam *L. in his*, *supra de testament.* Hæc de testamentis aperiendis dicta sunt, sed quæ nihilominus etiam ad codicillos aperiendos pertinent, ut si clausi sint codicilli, et de his aperiendis agatur initio, ut fidem faciant, aperiantur secundum ordinem supra expositum, de quo cavetur in *L. ult. h. t.*

AD TITULUM XXXIII.

COD. DE EDICTO DIVI HADRIANI TOLLENDO, ET QUEMADMODUM SCRIPTUS HERES IN POSSESSIONEM MITTATUR.

Ad L. Cum inter. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Lucillo.

Cum inter institutum et substitutum controversia moveatur: eum qui primo loco institutus est, induci in possesionem oportet. PP. XII. Kal. Decemb. Dextro et Prisco Coss.

Ad L. Quanvis. 2.

Imp. Alexander A. Eutacto.

Quanvis quis se filium defuncti præteritum esse allegèt, aut falsum vel inofficiosum testamentum, seu alio vitio subiectum, vel servus defunctus esse dicatur: tamen scriptus heres in possessionem mitti solet. PP. VI. Kal. Novemb. Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Petitio hereditatis, interdictum quorundam bonorum et missio in possessionem an adversus omnes competant.*
2. *Summa hujus constitutionis et quibus hoc remedium comparatum sit.*
3. *Institutus heres quis dicatur.*
4. *An omnis scriptus heres in possessionem mittatur ex hac lege.*
5. *Substituti si cum institutis eodem testamento se mitti postulent in possessionem, an impetrare possint.*
6. *Fideicommissarius an hujus constitutionis beneficio uti possit.*
7. *Scripti heredes, ut in possessionem mittantur, nullum in testamento vitium, et solemnibus juris munitum esse oportet.*
8. *Solemnia testamenti quæ sint.*
9. *Depositio testium quid.*
10. *An ob omne vitium testamentum inutile fiat*

HEreditate adita, de quo hucusque actum est, consequens est, ut jus heredem in rebus hereditariis tueatur. Etsi autem heres, posteaquam heres factus est, statim sine aliqua apprehensione dominus fiat omnium rerum hereditariarum, *L. cum hereditas, de acq. poss.* tamen nihil prodest dominum esse, nisi heres rebus hereditariis utatur, fruatur, quod facere non potest, nisi eas teneat, possideat. Consequens est igitur, ut et hæc possessio ei jure tribuatur. Ad hanc consequendam sunt hæ viæ tres jure constitutæ adversus eos, qui hereditarias res tenent, petitio hereditatis, interdictum quorum bonorum et missio in possessionem ex constit. de qua agitur hoc tit.

Petitio † hereditatis maxime et plene jure hanc possessionem consequitur, sed non 1
adversus omnes competit, et longa via est. Interdictum quorum bonorum judici brevius est,

est, quoniam est possessorium, sed et hoc non competit adversus omnes rerum hereditariarum possessores, neque omnibus heredibus, et est etiam paulo longius, ut extremo loco dicetur in istorum remediorum comparatione. Brevis et expedita ratio est possessionis nanciscendæ constituta in hac missione in possessionem, de qua his constitutionibus agitur, sed ea est tantum constituta scriptis heredibus. Summa hujus juris comprehensa est constit. Justin. *L. ult. h. t.* ad cujus interpretationem reliquæ duæ leges referri debent.

2 Summa † autem juris est hæc: scriptus heres si apud competentem judicem proferat testamentum, in quo scriptus est, quod careat omni vitio, quod sub sensum cadat; mittitur in possessionem rerum hereditariarum, omissa omni quæstione, an testamentum verum sit, an falsum, jure valeat, an non valeat; idque adversus omnes rerum hereditariarum possessores, qui quovis titulo quanvis singulari dicant se eas res possidere, præterquam si adversus eum agatur, qui itidem ad defensionem ejusdem juris simili testamento, nec vitioso utatur, inter quos si inciderit controversia, res cognoscetur, et is vincet in possessione, qui potiore jure niti videbitur: estque hoc jus hic constitutum omnibus heredibus, intra quodcunque tempus desiderent, se in possessionem mitti, nisi præscriptione temporis submoveantur; qua submoverentur si hereditatem peterent.

Ut liqueat de hoc jure, partes ejus nobis considerandæ sunt. Continetur autem hoc jus his locis; Quis ex dicta parte juris mittatur in possessionem rerum hereditariarum, et qua conditione, in qualium rerum possessionem mittatur, adversus quos mittatur, per quem judicem, intra quod tempus, et missionis hujus quis sit effectus. I. Hoc remedium comparatum est tantum scriptis heredibus testamenti caussa, ut magis beneficium testamento videatur tributum. In L. 3. Justinianus loquitur de instituto herede, sive sit ex asse heres institutus, sive ex parte. Institutus

3 † autem dicitur heres, non tantum, qui scribitur testamento, sed etiam, qui sine scriptura nuncupatur, L. 1. §. 1. *de hered. instit.* Unde quis existimet, hoc beneficium propositum esse non tantum scriptis heredibus, sed etiam nuncupatis; sed verba quæ sequuntur in L. 3. restringunt id, quod prius generalius scriptum erat. Nam dicitur mitti in possessionem heres institutus hac conditione subjecta; si testamentum scriptum proferat, quæ conditio non potest, nisi ad scriptos heredes pertinere. Itaque sententia hæc rata erit, non esse propositum beneficium hujus legis, nisi scripto heredi. Hinc versio hujus legis de scripto herede tantum concepta est. Hinc illa verba L. 2. *heres scriptus in possessionem mitti solet.* Ex quo intelligitur legitimos heredes eodem modo non in possessionem rerum hereditariarum mitti. Merito, quia nullam ejusmodi probationem proferre potest in præsentia, qualem scriptus heres: probare quidem potest testatorem intestatum decessisse, et se cognatum esse proximum defuncti, et testibus et instrumentis, sed earum rerum fides sub sensum non cadit, et statim non potest expediri. At testamentum, quod sine ullo vitio profertur, sub sensum cadit, et statim ostendit se, quale sit.

Idem dicemus de nuncupatis heredibus, qui se mitti postulant in possessionem rerum hereditariarum, hos nimirum ex hac parte juris mittendos non esse; quoniam nullam talem probationem statim proferre possint, qualem hic exigimus. Non deest tamen his omnibus heredibus aliud remedium, quo possessionem nanciscantur, interdictum quorum bonorum: sed ita hoc interdum utuntur, si bonorum possessionem apud magistratum agnoverint. Sed an omnis scriptus † heres in 4
possessionem mittitur ex parte hac? Verba legis generalia sunt, et ad omnem scriptum heredem pertinentia. Hinc dubitatio L. 1. *supr. h. t.* Si forte eodem testamento † qui- 5
dam sint instituti heredes, quidam substituti, et substituti postulent, se mitti in possessionem cum instituto, an impetrare debeant? Verba facere videntur, quod debeant. Rescriptum est *in d.* L. 1. Solos institutos in possessionem mitti debere, idque efficitur et verbis et sententia. Nam substitutus est quidem institutus et heres L. *mulier*, §. *ult. de condit. instit.* Sed substitutus instituitur sub conditione, si heres institutus heres non erit, L. 1. *de vulg.* Instituto hereditatem adeunte conditio substitutionis deficit. Proinde eo res deducitur, ut substitutus nec substitutus videatur.

Idem de substituto dicemus, etsi is se mitti postulet in possessionem bonorum adversus quosvis alios rerum hereditariarum possessores. Nam etsi nondum certum est institutum hereditatem adiisse; tamen quandiu hereditas ab eo adiri potest, tamdiu substituto non defertur, L. *quandiu*, *de acquir. hered.* Revera is non est heres, cui hereditas non defertur.

Quid † si fideicommissarius beneficio hujus 6
constitutionis uti velit? Finge testamento aliquem

quem institutum heredem, rogatum esse ut Lucio Titio restituat hereditatem, hereditatem heredem adiisse, et restituisse fideicommissario Titio: quod fit, si vel aliquam rem hereditariam ei restituerit eo modo, ut tota hereditas restituta haberetur, L. *restituta*, *D. ad Trebell.* Quæritur, an de cæteris rebus hereditariis, quæ illi restitutæ non sunt, agere possit ex hac parte juris, et desiderare, ut mittatur in rerum earum hereditariarum possessionem? Movet quæstionem quod, fideicommissarius heres est. Dicendum est, et ad fideicommissarium hoc beneficium pertinere; nam heredis loco habetur, restituta hereditate, cum in eum transeunt omnes actiones heredum et adversus eum, L. I. *D. ad Treb.* §. *sed quia*, *Inst. de fideicom. her.*

7 Hæc missio proposita est † scriptis heredibus, hac conditione, si testamentum proferatur, quod in scriptura nullum vitium omnino ostendat, et quod solemnibus juris omnino munitum, sit, ut est *in pr.* L. 3. *vers. sancimus.* In scriptura exigitur, ut nihil sit cancellatum, id est, nihil deletum in scriptis, inductis lituris. Item ut nihil sit abolitum, id est, vetustate ita deletum, ut legi non possit. Item nulla formæ suæ parte vitiatum. Formam intelligimus id, sine quo testamentum jure civili non consistit: est enim forma, quæ facit, ut res sit, L. *si is, qui*, 400. §. *ult. D. ad* L. *Falc.* Hæ autem res in scriptura testamenti sunt dies et annus, ut more usuque Romanorum dies et consules, et quæ reliqua desiderantur in testamentis. Item heredum institutiones, §. *ante heredis*, *Inst. de legat.* Ex quibus intelligimus, si aut totum testamentum abolitum non sit, deletumve, aut non sit vitiatum in his, quæ formam et substantiam scripturæ ac testamenti continent; tametsi aliud quid deletum sit in aliis partibus: tamen id scripto heredi non nocere, quo minus in possessionem rerum hereditariarum mittatur.

Et hoc ita est, si nihil adjiceretur amplius in constitutione Justiniani. Sed adjicitur id, quod omnem dubitationem eximit, cum in scriptura desideratur, ut testamentum prima facie sine ullo vitio appareat. Quibus verbis aperte removetur heres a possessione, si vel minimum vitium in scriptura testamenti appareat. Quid ergo? dicemus testamentum non valere, aut fidem non facere, si quid in eo deletum sit? Valet nihilominus testamentum, sive quid consulto deletum sit, sive non deletum sit consulto, ut constat ex L. I. *de his quæ in test. delent.* L. *si neque*, *sup. de testam*, sed hoc tunc locum habet, cum adversus testamentum nihil objicitur. Quod si quid objicietur, id testamentum heredi non proderit ad impetrandam missionem in possessionem, priusquam de vitio aliquo testamenti cognitum sit, quasi cœperit esse suspectum ob id, quod in scriptura aliquid deletum, aut corruptum est. Cæterum cum adversus testamentum nihil aliud objicitur, probandum est propter ea, quæ delentur, aut inducuntur in partibus testamenti, quæ ad substantiam testamenti non pertinent, non eo minus scripturam fidem facere, quod confirmatur *in cap. ex literis*, *de fid. instrumen.* Hæc de scriptura testamenti.

In solemnibus præterea exigitur, ut suis
solemnibus testamentum munitum sit, quod
significatur illis verbis L. 3. *et depositionibus*
testium legitimo modo vallatum sit. Solem-
nia † testamenti constant his rebus, justo nu- 8
mero testium, et eorundem subscriptione et
obsignatione. §. *sed computat*, *Inst. de te-*
stam. ord. L. *hac consultissima*, *supr. de*
testam. Numerus testium hic expressus est.
Depositionem autem testium, quæ hic ap-
pellatur a Justiniano, recte intelligemus sub-
scriptionem et signationem testium, quæ a
testibus in testamento deponuntur, idest, in
testamentum conferuntur. Depositio † testium 9
ex usu recentiorum Imperatorum dicuntur te-
stificationes, seu ea, quæ testes testimonio
dicunt, *in exercendis*, *supr. de fid. instrum.*
L. *si quis testibus.* Sed difficile est, ut eam
significationem hoc loco admittamus. Nam in
testamentis conficiendis non munitur testa-
mentum testimonio testium, sed testium præ-
sentia audientium testamentum testatoris, et
deinde subscriptione et subsignatione, *d.*
L. *hac consultissima*, *supr. de testamen.*
Deinde si viginti annis, aut amplius post
conditum testamentum, illud ab herede scri-
pto proferatur: difficile est, ut eo tempo-
re subomnes testes vivant, qui agnoscant
suas subscriptiones et sua sigilla. Proinde,
quod loco conveniat, melius est, si depo-
sitionem testium hic interpretemur, ut su-
pra fecimus, nempe ea, quæ testes in testa-
menta conferunt: ea autem sunt subscriptio
et obsignatio. Si quis tamen depositionem te-
stium hic interpretetur testificationes testium,
qui vocati sunt, ut agnoscerent sigilla sua,
non erraverit: Nam etsi id in L. 3. *infr.*
prætermittatur; tamen intelligendum est ex
his, quæ superiori titulo posuimus, testa-
mentum, ut fidem faciat, non recte aperiri,
nisi præsentibus testibus et signatoribus, si-
gilla sua agnoscentibus. Neque eo minus de-

si-

sideramus solemnia testium, ut scriptus heres secundum testamenti scripturam mittatur in possessionem. Nam solemnium exactio satis continetur illis verbis L. 3. cum desideratur, ut testamentum nulla formæ suæ parte sit vitiatum. Nam solemnia testamenti ad formam et substantiam testamenti referenda sunt.

10 Ex his, † quæ de vitiis testamenti hic caventur, apparet, testamentum inutile fieri non ob vitium quodvis, sed tantum ob vitium, quod ex inspectione testamenti seipsum ostendat, quod vulgo dicunt vitium *visibile:* Ex quo satis colligitur, si quod vitium objiciatur adversus testamentum, quod ex inspectione testamenti, non appareat, qualecunque id sit, heredi non obstare, quo minus heres mittatur in possessionem rerum hereditariarum, si modo proferat testamentum tale, quale supra exigimus. Hæc pars etsi satis colligatur ex dicta L. 3. *infr. h. t.* tamen aperte confirmatur in *L.* 2. *h. t.* Ideoque ad hanc partem ea L. referenda est. Vitium, quod sub sensum non cadit, in testamentis duplex est, aut enim testamentum falsum est, aut jure non valet: idque præter omissionem solemnium testamenti contingit, aut ex persona testantis, aut ex omissione eorum, quæ in testamento jure caveri oportuit. Ex persona, si is testamentum fecerit, qui jus testandi non habet, veluti si servus fuerit, si filiusfamilias, si prodigus, si furiosus, Tit. *instit. quibus non est permis. facere testament.* Ex omissione eorum qui in potestate sunt, præteritio, L. *inter*, *D. de liber. et postum.* eorundemque exheredatio contra officium parentis facta, et uno verbo exheredatio inofficiosa. *Authent. non licet*, *et Authen. ex caussa*, *supr. de liber. prœter.* Hinc dicimus, si heres scriptus postulet se mitti in possessionem rerum hereditariarum adversus filium defuncti, mittendum esse nihilominus in possessionem prolato integro testamento, quamvis filius aliquid eorum, quæ supradixi, adversus testamentum dicat, puta falsum esse, se præteritum esse testamento inofficioso, testatorem servum fuisse, aut in aliqua conditione exstitisse, propter quam testamentum facere non potuerit.

Atqui hæc certissima vitia sunt testamenti, non minus, quam omissio solemnium, aut cancellatio, aut alicujus partis testamenti obliteratio: cur igitur hæc eadem vitia heredem non submovent? Quoniam ex inspectione testamenti non apparent: neque ideo fit injuria filio, aut alii possessori. Nam is si est vere heres, testamento irrito constituto, hereditatem petere potest ab herède scripto, et statim vincet, si quid eorum, quæ supra objiciebantur, probaverit; sed hæc non nisi directo judicio, in quo plena sit cognitio, sequuntur, *L.* 3. §. *ibidem*, *D. ad exhib.* Quod tamen in *d.* L. *h. t.* dicitur de suprascriptis vitiis, quæ ex inspectione testamenti statim non apparent, duas exceptiones habet. Prima est, quam omnes interpretes dicto loco vulgo recte agnoscunt, si is, qui hæc vitia objicit adversus testamentum, se paratum esse dicat eodem die vitium probare, idest, statim et sine dilatione. Nam hæc exceptio ab omnibus reis admittitur, etiam in caussis maxime summariis et momentariis, L. 3. *in pr. D. ut in posses. bonor.* Hujusmodi probatio semper adferri potest, si possessor dicat testatorem fuisse prodigum, et ad manum habeat acta magistratus, quibus ipsi bonis interdictum est.

Altera exceptio est in eo, quod dicitur de filio, qui se testamento præteritum esse dicit. Quod enim cavetur in *d. L.* 2. nihilominus heredem scriptum adversus filium, qui se præteritum dicit, mitti in possessionem, sic interpretandum est: si heres scriptus neget adversarium esse filium defuncti. Nam hæc quæstio, an sit filius, altiorem indagationem desiderat, de qua ex inspectione testamenti constare nihil potest. Sed si heres scriptus fatebitur eum filium esse, puto heredem non esse admittendum, idque duabus de caussis. I. Quia herede hoc confitente præteritio filii incipit esse vitium, quod ex inspectione testamenti statim appareat: nam lecto testamento statim apparere potest, filium neque heredem institutum esse, neque exheredatum; is autem præteritus intelligitur, qui neque institutus, neque exheredatus est, *Inst. de her. inst.* Proinde testamentum pertinere incipit ad constitutionem Justiniani, ut dicatur testamentum non apparere prima facie sine ullo vitio. Idem dicendum est, si is, quem constat esse filium defuncti, dicat, testamentum esse inofficiosum, quoniam immerito sit exheredatus: nam constare potest ex verbis testamenti statim, num sit exheredatus caussa non adscripta, et si adscripta est, num sit una ex quatuordecim, quæ commemorantur in *Auth. ex caussa, supr. de liber. præter.* Quod si caussa exheredationis adscripta erit, et erit caussa legitima, hic locum habebit, quod dicitur in L. 2. *h. t.* non nocere heredi scripto, quominus mittatur in possessionem quanvis filius dicat testamentum esse inofficiosum. Altera ratio est, cur, ubi constat eum, qui se filium dicit,

eun-

eundemque esse præteritum; aut non juste exheredatum, non debeat scriptus heres adversus eum mitti in possessionem rerum; quoniam hoc modo heres dolo facit, petens eam possessionem, quam statim et certo restituturus est. Ac proinde exceptione doli mali merito a filio submoveri potest, L. *dolo*, *D. de doli mali except.* Nec ad rem pertinet, quod hoc judicium possessorium est et summarium, in quo hæc exceptio objicitur scripto heredi: nam generaliter tenendum est, etiam in judiciis maxime summariis et præparatoriis exceptiones omnes æstimari, et removere agentem, si ita evidentes sunt, ut aperte agentem removeant, *d. L.* 3. §. *ibidem*, *D. ad exhib.* Talis est autem hæc, cum dicitur, quod scriptus heres, qui fatetur filium esse præteritum, aut immerito exheredatum, petat se mitti in possessionem adversus eum, quem constat jure certo testamento irrito constituto heredem esse, *Auth. ex caussa*, *supr. de lib. præter.*

Ad L. Edicto. 3.

Imp. Justinianus A. Juliano *præfecto prætorio.*

Edicto divi Hadriani, quod sub occasione vicesimæ partis hereditatis introductus est, cum multis ambagibus, et difficultatibus, et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis ex nostra recessit republica: antiquatis nihilominus et aliis omnibus, quæ circa repletionem vel interpretationem ejusdem edicti promulgata sunt: sancimus, ut si quis ex asse vel ex parte institutus, competenti judici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suæ formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit: mittatur quidem in possessionem earum rerum quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam testificatione publicarum personarum accipiat. Sint autem aliquis contradictor extiterit: tunc in judicio competenti, caussæ in possessionem missionis, et subsecutæ contradictionis ventilentur: et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit: sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit, nullis angustiis temporum hujusmodi missione coartanda: sed sive tardius, sive præmature aliquis missus est: legis tantummodo arbitrium requiratur et caussa, unde vel missio vel contradictio exoritur. Sive enim post annale tempus, sive post majoris ævi curricula aliquis fuerit missus, si tamen ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis obstaculum objiciatur: nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio præstare, vel ipsi qui missus est, omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte, vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrerit manifestissimum est non solum missionem, sed etiam ipsam principalem caussam esse sopitam. Dat. XII. Kal. April. Constantinop. post Consulat. Lampadii et Orestis. VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Ob vitium testamenti, quod ex inspectione ejus apparet, heres a possessione submovetur.*
2. *In quarum rerum possessionem mittatur heres ex hac parte juris.*
3. *Quid juris, si res, de quibus agitur, sint vere hereditariæ, sed possessor tales esse neget.*
4. *An in possessionem omnium rerum hereditariarum mittatur heres non tantum si sunt res soli, seu immobiles, sed etiam si sint mobiles.*
5. *Adversus quos missio in possessionem constituta sit.*
6. Pro herede *quis possidere dicatur.*
7. Pro possessore *quis.*

8. *Ad-*

1 SUmma hæc est: ob † vitium testamenti, quod ex inspectione testamenti statim apparet, heredem a possessione submoveri; quod non apparet, non submoveri, nisi adversarius offerat præsentem probationem. Secundo loco videndum est, in quarum re-
2 rum † possessionem mittatúr heres ex hac parte juris. Et expressum est in *dict.* L. 3. *h. t.* mitti eum in possessionem earum rerum, quæ testatoris tempore mortis fuerunt, quibus verbis duo exiguntur. Primum, ut res testatoris fuerint. His verbis intelligimus non tantum eas, quæ in dominio testatoris fuerint, sed etiam, quæ in possessione ejus fuerint, sive in bonis ejus fuerint, sive periculum earum ad eum pertinuerit; utputa, mittetur heres etiam in possessionem vectigalium prædiorum, ædium, quæ testatoris fuerant: item, in possessionem rerum ab eo bona fide possessarum, item rerum illi pignori obligatarum, et eo nomine possessarum, quoniam hæ omnes sunt in bonis, *L. bonorum de verb. significat.* Hoc amplius, etsi res testatori commodatæ, aut apud eum depositæ fuerunt, consequetur heres hac parte, ut mittatur in earum possessionem; nam et hæ ad periculum testatoris pertinuerunt.

Hæc ex eo dicimus: primo, quod omnes hæ res ad jus et possessionem defuncti pertinuerunt. Est autem æquius eas res ad heredem defuncti pertinere, quam ad alios detentores, qui nihil juris habeant. Deinde, quia constat suprascriptas omnes venire in possessionem hereditatis, idest, hereditatem petenti has res omnes restitui debere, L. *et non tantum D. de petit. hered.*

Porro facilius ex hac parte juris consequi debet heres rerum hereditariarum possessionem, quam petitione hereditatis, quoniam hæc pars juris habet beneficium momentaneum, nempe possessionem et detentionem nudam, quæ possessio in judicio directo non præjudicat. Postremo etsi præfacte retineremus verba Justiniani, ut heres mitti deberet in possessionem rerum, quæ plane testatoris fuerunt; tamen hoc consequeretur heres, si solum doceret eas res a testatore possessas fuisse. Nam adversarius, qui diceret eum dominum fuisse, id probare deberet et maneret in suo loco possessor, *L.* 2. *supr. de probat.*

Alterum exigitur, ut res fuerint testatoris tempore mortis ejus. Quid ergo si mortuo testatore jacente adhuc hereditate res aliquæ quæsitæ sint, puta per servos hereditarios: item, alluvione aliquid accreverit fundo hereditario; aut ususfructus earum, qui alienus erat, finitus est, et ita cum proprietate conjunctus: item si fructus rerum hereditariarum ab aliquo percepti et collecti sunt: namque hæc omnia acquiruntur hereditati, fiuntque hereditaria L. *hereditas in multis, de acquir. rer. domin.*

Responsio etiam hæc superioribus verbis continetur, mitteturque heres ex hac parte in earum rerum possessionem: hoc ipso videntur hæ res defuncti, quod sunt hereditatis adhuc jacentis. Nam hereditas non adita defuncti personam sustinet, L. *hereditas, de acquir. rerum domin.* Ita in summa efficitur heredem ex hac parte mitti in possessionem rerum hereditariarum, seu defuncti vere fuerint, cum viveret, seu postea hereditariæ esse cœperint. Quod si res neque defuncti fuerint, neque hereditati sint postea quæsitæ, non mittetur heres in earum rerum possessionem: et merito, quia nihil ad heredem pertinere potest, nisi quod sit hereditatis: nihil autem hereditatis est, nisi quod defunctus habuit, est definitio hereditatis L. *hereditas, de reg. jur.* L. *nihil aliud, de verb. signific.* non habuit autem defunctus, nisi tunc habuit, cum defunctus est, idque apertius exprimitur in defensione bonorum possessionis, L. 3. §. *bonorum igitur, de bonorum possess.* Quid † si res, de quarum posses- 3
sio-

sione agitur, sint vere hereditariæ, sed possessor hereditarias esse neget, et de eo sit controversia? Respon. Heres debebit probare esse hereditarias, quoniam non ex hac parte aliter ad rerum possessionem admittitur, quam si res defuncti fuerint. Proinde ad fundandam petitionem hereditatis, necesse habet intendere res hereditarias esse, quæ a Lucio Titio possidentur, in quarum possessionem ob id se mitti postulat. Id cum intendat, probare debet, secundum regulam juris, et eo non probante reus absolvendus est, L. 3. *D. de probat.* L. *qui accusare*, *supr. de eden.*

4 Sed an † in possessionem omnium rerum hereditariarum mittetur heres, non tantum, si sunt res soli, seu immobiles, sed etiam si sint mobiles. Movet dubitationem, quod proprie dicuntur illi mitti in possessionem, qui ire jubentur in possessionem; imus autem in res immobiles quemadmodum et de his solis dejicimur, res autem mobiles manu capimus. Sed usus juris hic est, ut in verbis legis qui mittitur in possessionem, intelligatur mitti in possessionem rerum omnium, etiam incorporalium, ut declaratur L. 5. §. *qui in possess. et §. sequen. D. ut in possess. legat. vel. fideicom. serv. caussa esse liceat.*

5 Tertius locus est, † adversus quos sit hæc missio in possessionem constituta; et constituta est hæc missio adversus possessores rerum, ut significatur illis verbis L. 3. *non autem legitimo modo ab alio detinentur.* Quod si has res nemo possideat, an etiam ex hac parte postulari debet a competente judice missio in possessionem? Et quod vulgo existimant peti posse et debere, hoc est ineptissimum. Nam non ob aliam caussam judex adeundus est, cujus auctoritate possessionem rei occupemus; quam ne vim faciamus, et vi facta possessionem rei amittamus, L. *exstat*, *D. quod metus caussa*, L. *si quis in tantam*, *inf. unde vi.* At heres, qui res hereditarias a nullo possessas auctoritate sua occupat, jure occupat et nulli vim facit, nec ad superiores constitutiones pertinet, quæ vim facienti constituunt pœnam. Proinde in his rebus non est necesse adire magistratum; sed recte res a nullo possessas, ut suas et hereditarias occupabit sine ullo judice. Quinimo hujus rei caussa adire judicem et impetrare ab eo potestatem earum possidendarum, inutile est et ridiculum; quia hæ res heredi non magis prosunt, quam si a judice impetrasset. Quisquis vero possessor earum rerum, aut qui se dominum dicet, eas res repetet ab eo herede qui eas occupavit, non oberit repetenti ulla exceptio rei judicatæ. Primo, quia res ante non est judicata, cum nulla fuerit condemnatio, aut absolutio, L. 1. *de re judic.* Secundo, quia non est judicata adversus eum, qui nunc agit. Ei autem adversus quem res judicata non est, res judicata non nocet, L. *sæpe*, *de re judic.* Possideri igitur res hereditarias oportet, ut adversus possessorem petat heres se mitti in possessionem earum rerum, si petitione et missione aliquid agere volumus.

Mittetur autem heres adversus omnes possessores rerum, quæ defuncti fuerint tempore mortis ejus, aut postea hereditariæ esse cœperint, quocunque tandem titulo eas res possideant. Id colligimus ex illis verbis dictæ L. 3. *Non autem legitimo modo ab aliis detinentur etc.* Nam in illis verbis et præcedentibus, illas res, quæ fuerunt testatoris tempore mortis, opponit his rebus, quæ ab alio detinentur legitimo modo, nempe per adversativam *autem*: ex quo colligitur eas res, quæ testatoris fuerunt tempore mortis, non legitimo modo detineri, a quocunque tandem detineantur; si modo constet defuncti fuisse, et post mortem ejus detineri cœpisse, idque non immerito constituitur. Nam qui res, quæ defuncti fuerunt tempore mortis ejus, postea detinere cœpit, necesse est, aut eas res pro herede possideat, aut pro possessore, aut singulari aliquo titulo, veluti pro emptore, pro donato, pro legato. Pro herede titulus non est justus: nam is † pro here- 6
de dicitur possidere, qui non est heres, sed se putat heredem, aut se dicit esse, *L. pro herede*, *D. de petition. hered.* Et titulum non esse, diserte scriptum est in L. *diutina*, *inf. de præs. longi temporis.* Pro possessore multo minus titulus est. Nam † pro possessore 7
possidet prædo, idest, qui nullam aliam caussam suæ possessionis reddit, quam quod possidet, *d. L. pro herede*, §. *ult. et* §. *seq. de petit. hered.*

Singulares autem tituli, pro emptore, pro donato, etc. etsi sint justi; tamen si post mortem defuncti nati sunt, incipiunt fieri injusti. Nam is, qui rem se emisse dicit, pro se rem occupavit sine emptione, et mentitur. Quod si vero ab alio emit; tamen auctor ejus eam sine ullo titulo occupavit, quoniam hereditariam et defuncti rem fuisse posuimus, quam nemo sua auctoritate possidere potest, nisi pro herede, aut possessore, qui non sunt justi tituli, ut dixi. Hæc autem vitia etiam successori in hac possessionis missione nocebunt.

Solum igitur relinquitur possessori ad defen-

fensionem, ut dicat, se eas res, quas possidet, etiam vivo testatore possedisse et habuisse, neque esse hereditarias; quod cum fit, jam diximus, heredis esse probare eas hereditarias esse: quod non difficile probabit, sive doceat, eas fuisse in possessione defuncti, cum moreretur, seu doceat, eas a defuncto aliquando possessas fuisse. Nam possessione præcedente probata, ex eo existimatur in futurum quoque defunctus possedisse, nisi adversarius probet, eum transtulisse in alium possessorem, L. *si emancipati*, *supr. de probat.* Id autem si adversarius probare paratus sit, quod dicat in se possessionem translatam esse ex justa caussa, audiendus est, et heredem submovebit ex iisdem verbis *d.* L. 3. Quia scilicet tunc legitimo modo detinet.

Ex possessoribus tamen, qui res, quæ defuncti fuerunt, detinent, duo genera hic excipiuntur, adversus † quos heres non mit-
8 titur in possessionem rerum. Primum genus est eorum, qui post mortem defuncti rem ita possidere cœperunt, ut etiam possessione temporis præscriptionem sibi acquirerent, de quibus dicitur in *vers. penult. et ult. dict.* L. 3. et nos paulo post dicemus plura suo ordine. Secundum genus est eorum possessorum, qui itidem pro se proferunt testamentum non vitiatum, quo et ipsi scripti sint heredes. De hoc genere contradictorum agitur in dicta L. 3. *in* §. *sui autem.* Loquitur quidem constitutio generaliter de contradictore, nec exprimit, quem contradictorem intelligat, sed id ex sequentibus verbis intelligi potest, cum dicit: *Inter heredem et hunc contradictorem, de quo loquitur, eum acquirere possessionem, qui potiora jura et legitimos modos ostendat.* Legitimi modi acquirendæ, vel retinendæ possessionis in hac parte, de qua nunc agitur, sunt testamentum proferre, et proferre nulla sui parte vitiatum. Deinde hæc verba pertinent ad duos, qui eadem jura ostendunt, in quibus tamen aliud sit alio potius. Quisquis contradictor ostendet aliud testamentum integrum, quo sit scriptus heres; adversarius qui desiderat se mitti in bonorum possessionem, prolato alio testamento ejusdem generis, non mittetur in possessionem.

Quid ergo an in totum submovebitur? Minime, sed adjicit Justinianus in dicta L. 3. §. *sin autem* controversia inter istos orta, examinari debere caussas in possessionem missionis et contradictionis. Caussa, cur quis in possessionem mitti debeat, ex hac parte est ea, quam jam diximus, si proferat testamentum et proferat non vitiatum. Eademque caussa contradictionis est, ut quis possessionem rerum hereditariarum retineat. His caussis cognitis, idest, cognitis testamentis iis, quæ ab utraque parte proferuntur, is possessionem acquiret, qui potiora jura ostendet, ut sunt verba constitutionis. Sed quæro, cum ab utraque parte proferatur testamentum, nulla sui parte vitiatum, quomodo dici possit, unum esse altero potius?

Respond. Id ita continget, si ea, quæ in uno scripta sunt, magis conveniant personis, locis, temporibus, et testes integriores et honestiores habent. Exempli caussa in uno testamento heres scriptus est, sed ignotus, aut extraneus scriptus est; aut ea manu, quæ non satis agnoscitur, scriptum est testamentum; eo tempore, quo vehementer testator laborare dicebatur, adhibiti sunt testes, sed ignoti, aut non sunt exploratæ fidei. In altero autem heres institutus proponitur amicus, vel cognatus defuncti; testes, qui subscripserunt, noti, et integræ fidei. Hoc posterius testamentum vincet, argum. *L. ob carmen*, §. *ult. D. de testib.*

Quid si in utroque testamento omnia paria conveniant? Respondeo: Neuter mittitur in possessionem, idque certissima ratione defenditur. Aut enim necesse est, utrumque mitti, aut alterum duntaxat, aut neutrum. Uterque mitti nequit, natura possessionis repugnante, quoniam duo in solidum possidere non possunt, *L.* 3. §. *ex contrario*, *de acquir. posses.* Unum tantum in possessionem mitti non decet; quoniam is non plus juris habere proponitur, quam alter.

Restat igitur, ut neuter admitti debeat; et est generaliter probandum, quoties † ex 9
duobus aliquid defertur uni vel lege, vel testamento, neque intelligitur utri deferatur, neuter admittitur. Ut puta, Titius testamento tutor datus est, duo sunt Titii, neque intelligitur de utro senserit testator, placet neutrum tutorem fore, *L.* 2. *D. de testamen. tut.* Item, Titio quid legatum est, duo sunt Titii, neque intelligitur, de quo senserit testator. Item legavit testator ei, qui prior montem ascenderit, duo pariter ascenderunt, neutri debetur legatum, *L. si fuerit, de rebus dubiis.*

Quarto † loco videndum est, intra quod 10
tempus desiderare possit heres se mitti in possessionem ex hac parte juris. Justinianus cavit in dicta L. 3. *sin autem*, perpetuo id desiderari posse, non autem intra annum dun-

duntaxat. In qua parte edictum Divi Adriani, quod de hac parte erat constitutum, antiquavit Justinianus.

Verisimile est enim eo edicto cautum fuisse, ne post annum admitteretur heres scriptus ad possessionem rerum hereditariarum, nisi vicesimam partem hereditatis fisco solvisset. Justinianus et post annum hanc missionem desiderari posse constituit, et voluit jus vetus de vicesima hereditatis sublatum, etiam in hac parte manere, unde inscriptio Tituli *de edicto Divi Adriani tollendo*, et quæ sequuntur. Id colligi potest ex initio dictæ L. 3. *hic*, colligitur ex eo, quod Justinianus annale tempus in *versic. penult.* commemorat. Sed quando hoc edictum fuerit, ad rem nihil pertinet; satis est intelligi, quid de hoc tempore constituat Justinianus. Sed hic est ea exceptio constituta, ut heres desiderare possit perpetuo, se mitti in possessionem bonorum adversus possessores; nisi tamen tempus præterierit, quo aut possessori res usucapta sit, aut sine dominio possit præscriptione temporis actorem submovere. Ergo si possessor post mortem defuncti cœpit rem hereditariam possidere ex justa caussa et bona fide, rem mobilem usucepit triennio, immobilem decem annis inter præsentes, viginti annis inter absentes, L. *unica*, *in fin. infra, de usucap. transform. L. ult. infra, de præscript. longi temporis.* Hoc tempus si præteriit, et ita possessor tutus est, non mittetur heres in possessionem rerum ita usucaptarum. Quo casu dicitur ab utraque parte longinquitas temporis occurrere, heredi, *d.* L. 3. *in fin.* occurrere, idest, submovere heredem. Nam a parte possessoris actor submovetur propter diligentem possessionem possessoris, cui lex favet, cum vult dominia rerum in incerto non esse, L. 1. *de usucap.* A parte item actoris hæc usucapio eum submovebit, propter actoris negligentiam, qui rem negligendo videtur alienare voluisse, L. *alienationis, de verb. signif.*

Sine usucapione autem rei præscriptio temporis intentionem heredis submovet, si possessor qualis qualis rem de qua agitur, triginta annis possederit, *L. sicut*, *infr. de præscription.* 30. *vel* 40. *an.* Quo casu in *d.* L. 3. *in fin.* dicitur longinquitas temporis occurrere heredi ab una parte, nempe a parte ipsius heredis, propter ejus negligentiam tam diuturnam, non etiam a parte possessoris, qui hanc prescriptionem habet, etiamsi fuerit malæ fidei possessor. Ideo autem submovetur heres a possessione, quia etiam his modis caussa principalis sopitur, ut est in fine L. 3. ubi principalis caussa intelligitur petitio heredis, in qua de jure hereditatis quæritur. Hæc submovetur usucaptis rebus hereditariis; quoniam petitio hereditatis non competit adversus eos, qui justo titulo singulari possident, L. *hereditatis*, *in fin. supr. de petition. hereditat.* et præterea rebus non usucaptis submovebitur præscriptione triginta vel quadraginta annorum, ut diximus.

Quinto loco videndum est, per † quem judicem, seu a quo heres consequi debeat missionem in possessionem. Et constitutio Justiniani in *d. L. vers. sancimus*, exigit judicem competentem. Competens judex in hac caussa est, qui et pro potestate sua potest in possessionem mittere, et cujus territorio subjectæ sunt res, de quarum possessione agitur. Solus potest in possessionem mittere, qui non jurisdictionem tantum, sed imperium habet sine jurisdictione; hæc enim res dicitur esse magis imperii, quam jurisdictionis, L. *jubere*, *de jurisdict.* In hac autem caussa est magistratus populi Romani, seu magistratus a principe constitutus, non autem municipalis, idest, magistratus a civitate constitutus. Proinde magistratus municipalis frustra aditur hujus missionis impetrandæ caussa, L. *ea*, *quæ ad municipal.* Non est satis magistratum posse pro jurisdictione sua in possessionem mittere, sed oportet etiam res, de quarum possessione agitur, esse in ejus territorio; quoniam ibi quisque mittendus in possessionem, ubi res sunt sitæ, et caussæ missionis ibidem transigendæ, *L.* 1. *supr. ubi de hered. agatur*, *L. cum unus*, §. *is qui*, *D. de reb. auctor. jud. poss.*

11

Sexto loco docet constitutio, † quomodo heres mittendus sit in possessionem, et ait, id fieri sub testificatione publicarum personarum, *d. L.* 3. *versic. sancimus*, *in fin.* His verbis intelligitur, heredem jussum a judice ire in possessionem, non occupaturum sua auctoritate possessionem vi dejectis possessoribus, sed induci in possessionem per apparitores magistratus, aut eas personas, quæ sunt in officio magistratus, per quas magistratus suum exsequitur decretum, ut sunt judices, qui dicuntur commissarii, ut sunt scribæ, graphiarii, quorum opera utitur interdum magistratus; nam per istos magistratus sententiam exsequitur, *L. si pign. de evict.*

12

Sequitur effectus hujus † missionis. Est autem hic. Consequitur ex hac parte heres possessionem rerum hereditariarum. Diligenter hic videndum est, quid verbo hoc, *hereditariarum* contineatur. Et animadvertendum

13

est,

est, quod non continetur id solum, quod continetur, cum ex aliis partibus juris quis in possessionem rerum mittitur, ut cum mittitur legatarius in possessionem legatorum hereditariorum servandorum caussa; cum mittitur creditor in possessionem bonorum debitoris, rei servandæ caussa; et cum missio fit ex similibus caussis, de quo comprehensum est L. *quib. ex caussis in possess. eatur.* Nam in his omnibus nihil amplius consequitur is, qui mittitur in possessionem, quam custodiam et observationem rerum, vetere domino nihilominus in possessione manente, *L. cum legatorum, D. quibus ex caussis, L. is qui, D. ut in possess. legat.*

At ex hac parte juris consequitur heres plenam detentionem rerum, eo, qui prius possidebat, possessione cedente: ut solus detineat, qui in possessionem missus est, id quod liquet ex dicta L. 3. §. *sin autem*, ubi ex duobus litigatoribus, qui de possessione contendunt ex hac parte juris, dicitur in totum posse acquiri, nimirum ei, qui potiora jura ostendit. Interim nihil amplius consequitur heres, quam possessionem rerum; non igitur dominium consequitur. Proinde veteri possessori nihil hic præjudicatur, quominus si se heredem esse putet, hereditatem vindicet ab herede scripto, qui in possessionem missus est: aut si se putet dominum rerum, vindicet res singulas: ut fieret, si heredi res restitutæ essent ex interdicto quorum bonorum: ex quo itidem, ut ex hac parte, nihil consequitur heres, nisi possessionem rerum, id probatur in *L. ult. infra, quorum bonor.*

Quid fuit hoc remedio opus? Respond. nihil opus esset, si nullas utilitates haberet, præter eas, quæ superioribus actionibus continentur, sed suas proprias et singulares commoditates habet, quibus bene et utiliter a superioribus distinguitur, et propter quas tutius et commodius est ad hoc remedium con-
14 fugere. Differt † a petitione hereditatis, quia et probatione facilius, et petitione plenius est. Faciliorem et expeditiorem probationem habet, quia in petitione hereditatis non sufficit heredi testamentum non vitiatum proferre, ut res ei eo judicio restituatur; sed si quid contra testamentum dicitur, exceptiones sunt admittendæ, et de his plene cognoscendum.

Veluti si possessor dicat, se esse filium præteritum, aut exheredatum contra officium pietatis, de hoc cognoscendum erit, nec prius vindicat heres, quam pronuntiatum fuerit, testamentum non esse inofficiosum, L. *Papinian.* §. *si filius, D. de inofficios. test.* Et generaliter tenendum est in omnibus directis judiciis, idest, in iis, in quibus de proprietate et pleno jure actoris agitur, judices oportere rem plena inquisitione cognoscere, sic deinde caussa cognita statuere, L. *judices, supr. de judic.* At in hac missione in possessionem, quæ petitur ex hac parte juris, sufficit testamentum non vitiatum proferre. Neque ideo fit injuria possessori, quia nihil ei aufertur, nisi possessio momentanea, quam in caussa pari æquius est apud eum esse, qui ex testamento mittitur.

Est et remedium hujus partis plenius. Nam petitio hereditatis non competit, nisi adversus hos, qui pro herede, aut pro possessore possident, non datur adversus eos, qui pro emptore, aut ex alia justa caussa singulari possident, L. *hereditatis, supra, de petit. heredit.* At hoc remedium dixi competere adversus omnes possessores earum rerum, quæ probantur testatoris fuisse, cum is moritur, nisi tamen tantum temporis intercesserit, ut possessori præscriptio acquireretur.

Differt etiam † hoc interdictum ab inter- 15
dicto quorum bonorum: quia plenius est. Nam inter scriptos heredes competit adversus plures et pluribus competit: interdictum quorum bonorum non datur omnibus heredibus, seu scriptis, seu legitimis; sed his tantum, quibus ex edicto prætoris bonorum possessio data est, idest, qui apud magistratum bonorum possessionem agnoverunt, L. 1. *D. quorum bonor.* Usque adeo, ut iis, qui bonorum possessionem non agnoverunt, ne utile quidem interdictum quorum bonorum competat, ut alias dictum *ad L. infra, quorum bonor.* etsi verba ejus legis vulgo refragari existimentur. At remedium ex hac parte juris omnibus scriptis heredibus datur, seu possessionem apud magistratum petierint, seu non petierint, dummodo testamentum non vitiatum judici ostendatur. Præterea interdictum quorum bonorum similiter, ut petitio hereditatis datur, adversus eos tantum qui pro herede, aut possessore possident, *d. L. 1. quorum bonor.* Jam autem dixi hoc remedium constitutum esse adversus omnes rerum hereditariarum possessores.

Consulto præterimus titulos duos, scilicet 34. et 35. Prior enim solum lectione diligenti indiget: alter circa aliquas difficultates versatur, quæ quia non raro accidunt, minus sunt difficiles.

AD TITU-

AD TITULUM XXXVI.

COD. DE CODICILLIS.

SUMMARIA.

1. *Codicilli quid et unde dicantur et quomodo a testamentis differant, et num. 2.*
3. *Codicillorum vis quæ.*
4. *Codicilli ut valeant, ex tribus rebus pendet.*

1 Codicilli † sunt scriptura, non in hoc instituta, ut testamentum esset, voluntatem minus solemnem continens de eo, quod quis post mortem suam fieri voluit. Scripturam esse constat; non enim aliter, quam scribi codicillos, declaratur *in pr. L.* 1. *de codicill.* Declaratur etiam significatione verbi latinis nota. Nam ut codex non est, nisi scriptus; sic nec codicilli, nisi scripti sunt, seu breves scripturæ. Est enim verbum a superiore per diminutionem derivatum, non quod nemo possit voluntatem suam testari sine scripto, imo potest, ut dicetur *ad L. ult.* §. *infr.* sed ea testatio condicilli non sunt. Scripturam esse volumus de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, id quod etiam constat ex *dict. L.* 1. *de codicill. in princ.* Et hactenus convenit inter testamentum et
2 codicillos. Sed hoc † proprium est codicillorum, quod continent voluntatem minus solemnem, et ut dicitur in dicta L. 1. *de codicill. in fin.* nullam solemnitatem juris desiderant, quod quomodo interpretandum sit, suo loco dicemus ad L. *ult.* §. *ult. h. t.* At testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, *L.* 1. *D. qui testam. fac. poss.* Justa, idest, legitima, et secundum regulas juris de testamentis et supremis voluntatibus constitutas. Ea autem res duabus rebus continetur: solemnibus, quæ extrinsecus adhibentur, et heredis institutione. Solemnia sunt in testibus, in numero testium, in eorum signis et subscriptionibus, §. *sed cum paulatim*, *Instit. de testam. ordin.* Heredis institutio ita testamentum facit, ut sit caput et fideicommissi et testamenti, §. *ante heredis*, *Inst. de legat. L.* 1. *de vulg. L. ult. D. de jur. dot.* In quibus hæc duo interveniunt, ea testatori sunt testamenta, si quid horum deest, non erit testamentum, sed erunt codicilli. Sed hoc ita, nisi scriptura instituta sit in hoc, ut testamentum fieret. Nam si quis voluerit testamentum facere, etsi facere opinatus sit, et fecerit codicillos: nec ut testamentum valebit: nec faciet ea scriptura codicillum, quanvis jure codicilli valere posset, si testator voluisset et nominatim hoc expressisset, ut diceret, se velle eam scripturam pro codicillo valere, L. 1. D. *eod. tit.* L. *coheredi*, §. *cum filiæ*, vers. *sed ita*, *D. de vulg.* Et hoc est, quod in definitione adjecimus, scripturam, non ad hoc institutam, ut esset testamentum.

Codicillorum † vis et jus hoc est: quicquid codicillis relinquitur, id jure debetur, præterquam si hereditas verbis directis relicta sit, *L.* 2. *in fin.* §. *codicillis*, *Instit. eod.* Sed hoc ita, dummodo codicilli jure valeant. 3
Id † autem pendet ex tribus rebus, ex conditione personæ testantis, ex observationibus quibusdam, quæ adhiberi debent, ex testamento, ad quod codicilli pertinent. Ex conditione personæ, quia non omnes codicillos facere possunt, non magis, quam testamentum, ut furiosus, L. 4. *h. t.* Ex observationibus, quia etsi codicilli solemnia testamenti non desiderent; tamen desiderant nonnullas observationes, de quibus *L. ult.* §. *ult. infra.* Ex testamento, ad quod codicilli pertinent; quia enim codicilli pertinent ad testamentum, ideo jus et conditionem testamenti sequuntur, eoque infirmato et codicilli evanescunt, de quo in L. 1. *h. t.* 4

Ad L.

Ad L. Rupto. 1.

Imp. Alexander A. Mocimo et aliis.

Rupto quidem testamento postumi agnitione, codicillos quoque ad testamentum pertinentes non valere, in dubium non venit. Sed cum post ruptum testamentum patrem pupillorum vestrorum literas emisisse proponatis, quibus præcedens judicium confirmavit: prætor nihil contra jus fecit, si novissimam ejus voluntatem secutus, relictum testamento reipublicæ fideicommissum, ut ex codicillis relictum, præstandum esse pronunciavit. PP. III. Kalend. Jul. Maximo III. et Paterno Coss.

SUMMARIA.

1. *Species et quæstio hujus legis explicatur.*
2. *Codicilli ad testamentum pertinentes testamenti conditionem sequuntur: ad id non pertinentes, per se ipsos consistunt, nec ex testamenti viribus pendent, et nu.* 5. *et* 8.
3. *Qui codicilli ad testamentum pertineant. Codicilli post testamentum facti, quanvis aperte non confirmati testamento, nihilominus valent, et ad testamentum pertinent: quod limitatur*, ibidem.
4. *Ad testamentum pertinere, quid sit.*
6. *Testamentum jure ruptum codicillis postea factis et recenti testatoris voluntate confirmari nequit.*
7. *An quod codicillis relictum non est, ex codicillis deberi possit. Item, an quod codicillis nominatim scriptum non est, codicillis relictum dicatur.*
9. *Codicilli jam facti an agnatione postumi rumpantur.*

1 TEstator † testamentum jure fecit, sed testamento facto; ei filius natus est, quem neque instituerat, neque exheredaverat, idest, uno verbo, quem præterierat testamento; agnatione hujus postumi testamentum ruptum fuisse constat, *L.* 1. *et* 3. *D. de injusto, rupt.* Deinde literas emisit, idest codicillos, quibus suum judicium confirmavit, idest, declaravit se rata velle esse omnia, quæ in priori testamento scripta erant, et ita decessit. Postumus ab heredibus legitimis fideicommissum petit: hi erant pupilli, iidemque filii defuncti, qui in potestate tutorum erunt. Tutores negant fideicommissum deberi argumento hoc: quod si debeatur, non possit deberi, nisi aut ex testamento, aut ex codicillis postea factis. Non potest deberi ex testamento, quia id ruptum est, neque sola voluntate convalescere potuit: non potest deberi ex codicillis, quia jus est, rupto testamento, simul codicillos non valere. Re apud prætorem agitata, prætor pronuntiavit, fideicommissum deberi. A qua sententia appellatum est ad præfectum prætorio, aut principem. In hac appellatione consulitur Imperator, num fideicommissum debeatur, et num recte prætor pronuntiarit? Et afferuntur hæ rationes, quas diximus, cur non videatur deberi. Respondet Imperator: recte pronuntiasse prætorem deberi fideicommissum. Ad ea autem, quæ contra dicebantur, ita Imperator occurrit: fatetur fideicommissum in proposito ex testamento rupto deberi non posse, quia nuda voluntate non potuerit testamentum confirmari, sed deberi ex codicillis: non obstare, quod dicitur, testamento rupto codicillos etiam rumpi, a cujus objectionis solutione statim orditur. Nam rupto testamento, rumpuntur quidem codicilli, sed codicilli ad testamentum pertinentes. In proposito autem, quia codicilli rupto ante testamento facti sunt, non pertinent ad testamentum ruptum. Proinde ex his, jure constituitur fideicommissum recte deberi.

Hic multa notanda et expendenda sunt. I. Notandum est de jure codicillorum, codicillos † ad testamentum pertinentes conditionem testamenti sequi, non pertinentes autem 2 ad testamentum per seipsos consistere, neque ex viribus testamenti pendere. Videndum est, qui

qui codicilli ad testamentum pertineant, qui non, et quid sit hoc, pertinere ad testamen-
3 tum. Ita definiendum est: quoties † testator testamentum jure factum habet, si per id tempus, quo testamentum consistit, codicillos habeat, quocunque tempore codicilli facti sint, ad testamentum pertinent, *L. ab intestato*, *circa fin. D. eod.* utputa codicilli, quos fecit primo, deinde testamentum jure fecit, ad testamentum pertinent, idque sequuntur, etsi testamento nominatim confirmati non sint, L. 3. §. *ult. D. eod.* Papinianus adjiciebat hanc conditionem, si modo aliquo indicio voluntatis eos testator confirmasset, *L. ante, D. eod.* Sed Divi Severus et Antoninus codicillos valere voluerunt, etiamsi nihil aperte de his confirmandis testator ostendisset, dummodo contraria nulla voluntas testatoris ostenderetur, quæ sententia §. 1. *Inst. eod.* probata est: post quam sententiam receptam ita responsum Papiniani in *d.* L. *ante*, *etc.* interpretabimur, ut videatur testator codicillos confirmasse novo testamento facto, hoc ipso, quod non aperte repudiavit.

E converso si testator primo testamentum fecit, deinde codicillos, et hi quoque codicilli, quanvis aperte non confirmati testamento, nihilominus valent, et ad testamentum pertinent, *d.* L. *ab intestato*, *D. eod.* Sed hoc posterius ita accipiendum est, dummodo codicilli posterius facti, tunc facti sint, cum testamentum adhuc jure consistat. Quod si tunc facti sint, cum jam testamentum ruptum, aut irritum factum esset, codicilli ad testamentum non pertinebunt, eoque nec conditionem testamenti sequentur, quæ sententia hoc declaratur rescripto. Et merito hi codicilli ad testamentum prius ruptum non pertinent: quoniam ut dicantur codicilli ad testamentum pertinere, prius est, ut sit aliquod testamentum, ad quod pertineant, idque natura ipsa efficit. Nullum est autem testamentum, quod ante ruptum fuit: intestatus enim definitur is, non tantum qui omnino testamentum non fecit, sed etiam, cujus testamentum, quod prius fecerat, jure rescissum est, *Inst. de hered. quæ ab intest.*

4 Pertinere † ad testamentum est, partim testamenti esse, L. *quidam*, vers. *nimirum*, *D. eod.* Unde codicilli dicuntur pars esse testamenti, L. *pen. D. quemadmodum testam. aper.*

5 Quod † dicuntur codicilli pars testamenti esse, hanc vim habet, ut intelligantur codicilli ad testamentum pertinentes legem et conditionem testamenti sequi, ut si testamentum valet, codicilli valeant, si testamentum non valet, nec codicilli valeant, *d. L. ab intestato*, *d.* L. *quidam*, vers. *nimirum*, L. 3. §. *ult. D. eod.* Ex quo per contrarium intelligimus, si qui sunt codicilli ad testamentum non pertinentes, quales sunt hi, qui testamento jam ante rupto scripti sunt, hos per se valere, nec conditionem testamenti sequi, quod exemplo hujus loci evidenter confirmatur.

II. Notandum † est testamentum jure ruptum codicillis postea factis, et recenti voluntate defuncti non confirmari, quantunvis jusserit rata esse, quæ eo testamento scripta erant. Id aperte colligitur ex hoc rescripto: hic enim dicitur, testamento ita confirmato, ut supra dictum est, fideicommissum quidem deberi, sed non ex testamento. Et merito dicitur testamentum non confirmari codicillis, aut alia voluntate. Nam testamentum agnatione postumi ruptum efficitur jure, seu jure rumpi debet; pactis et voluntatibus privatorum juri publico derogari non potest, L. *quod bonis*, *ad* L. *Falcid.* Proinde non potest quod jus ruptum esse jubet, privata voluntate fieri, ut valeat. Non obstat *L. qui ex liberis*, §. *ult. de bon. pos. sec. tab.* ubi dicitur: si priori testamento facto posterius ruptum sit, illud convalescere, si testator posteriores tabulas ruperit, ut priores valerent. Item dicitur, testamentum capitis diminutione testatoris irritum factum, recenti voluntate testatoris confirmari, si is sui juris factus testamentum valere voluerit. Hæc, ut dixi, non obstant. Dicta sunt enim de eo testamento non solum quod testator valere voluit, sed etiam a quo impedimentum remotum erat, quod prius testamento obstabat. In hac autem lege agitur de testamento rupto agnatione postumi, qui adhuc vivebat. Proinde hoc vitio testamenti manente juri publico privata defuncti voluntate derogari non potest. Et merito hic respondetur, fideicommissum ex testamento hoc non deberi. Non obstant verba rescripti hujus, cum dicitur, testator, literis supremam voluntatem confirmasse. Hæc enim verba ad factum testatoris, non ad jus referenda sunt: testator supremam voluntatem suam codicillis confirmavit, idest, verbis, quia id ratum esse jussit; sed jure non confirmavit, quia non potuit. Hic autem de facto quærebatur, quod præcesserat, secundum quod imperator respondet.

III. Notandum † est, quod relictum testamento, ex testamento non valuit, id ex codicillis peti posse, quasi relictum codicillis. Et quomodo, quæret aliquis, ex codicillis deberi po-

potest, quod codicillis relictum non fuit? Quomodo autem dici potest codicillis relictum, quod in codicillis nominatim scriptum non est? Respond. Nihil codicillis deberi potest, quod codicillis relictum non est: sed intelligi potest id codicillis relinqui, non tantum, quod codicillis speciatim et nominatim relinquitur, sed quod verbis generalibus, eam speciem, de qua agitur, continentibus relinquitur, quod in ea specie accidit. Nam cum testator voluit in testamento ea valere, quæ scripta erant, voluit etiam ea præstari. Verbo testamenti omnia continentur, quæ sunt in testamento, perinde quasi specialiter expressa essent. Et generaliter definiemus nihil interesse, utrum quid testamento, aut codicillis aperte exprimatur, ut videatur ibi relictum; an vero relinquatur per rejectionem ad eum locum, ubi id continetur. Exempla sunt in *L. asse toto, de hered. Instit. et in L. Institutio, de cond. Instit.*

Hæc quæstio hodie non est necessaria: quia ex constitutione Justiniani, ex caussa præteritionis, institutiones quidem irritæ sunt, sed cætera testamento relicta debentur, et quidem ex testamento rupto, *Authent. ex caussa, sup. de liber. præterit.* Quod si id fit testamento nullis codicillis confirmato; multo magis idem admittemus, si recenti judicio testamentum ruptum confirmavit. Sed non ideo hoc rescriptum inutile est; quoniam potest prius testamentum rumpi ex alia caussa, quam præteritionis. Denique hoc rescriptum locum habebit in hac specie: Testator testamentum fecit, quo aliquid Reipub. deinde aliud testamentum fecit, quo nihil Reipub. relictum est: constat posteriori testamento prius ruptum esse. Deinde et post secundum testamentum filius testatori natus est, qui secundo testamento præteritus erat; ita et secundum testamentum agnatione postumi ruptum est. Ad extremum testator codicillos fecit, quibus prius testamentum confirmavit. Si quæratur, utrum fideicommissum Reipubl. debeatur, quod priori testamento relictum erat? Necessario ad hoc rescriptum confugiendum est, ut dicamus, fideicommissum ut codicillis relictum, et codicillis jure consistentibus, ex codicillis deberi. Nam ex testamento quanvis confirmato deberi non potest ex constitutione Justiniani, quia id testamentum ruptum non est ex caussa præteritionis; non ideo, quia confirmatum sit recenti voluntate defuncti; quia defunctus posteriores tabulas non incidit, ut priores valerent, quo casu priores confirmare posset, *L. qui ex liberis, §. ult. de bon. poss. secund. tab.* Ita solus locus relinquitur codicillis, de quibus quæretur, an valeant? Respondebimus ex hoc rescripto et hoc amplius fideicommissum ut iis relictum deberi. Interim † jus manet, quod dictum, pertinens 8
ad vim codicillorum; nempe si idem testamentum habeat jure factum, et præterea codicillos, jus codicillorum ex testamento pendere, et rupto testamento rumpi codicillos. At si quis aut nullum testamentum habeat, aut habeat non jure perfectum, codicillos postea factos per seipsos consistere, neque ideo rumpi, quia testamentum prius ruptum fuerit agnatione. Sed hoc dictum, cum filius agnatus est defuncto ante codicillos factos. Quid † si codicillis factis filius agnatus sit 9
defuncto, an hoc casu agnatione postumi codicilli rumpentur? Et placet ne hoc quidem modo codicillos rumpi, quanvis certum sit rumpi testamenta agnatione postumi, de quo dicetur oportunius *ad* L. 3. *infr.*

Ad L.

Ad L. Hereditatem. 2.

Impp. Philippus A. et Philippus C. Asclepiodotæ.

Hereditatem quidem neque dari, neque adimi codicillis posse, manifestum est. Verbis tamen precariis per hujusmodi etiam novissimi judicii ordinationem jura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter et codicillis rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem quam testamento fueras consecuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est. PP. Idibus Octobr. Peregrino et Æmiliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest, et num.* 2.
3. *Codicillis conditio heredi instituto adjici nequit.*
4. *Conditio institutioni adjecta codicillis detrahi non potest.*
5. *Regula* hereditatem codicillis dari non posse, *quatenus valeat.*
6. *Hereditas quando directis, quando precariis verbis dari intelligatur.*
7. *Fideicommissum an recte codicillis ab intestato relinqui possit, ita ut ab herede legitimo præstetur.*
8. *Si hereditas directo codicillis relicta sit, an sit plane inutilis institutio.*

TEstator mulierem quandam testamento ex parte heredem instituit, et codicillis postea factis, mulierem rogavit, ut quibusdam rebus contenta, portionem hereditatis restitueret Titio. Titius petit ab ea fideicommissum: mulier negat deberi quasi inutiliter codicillis relictum: et utitur hac ratione, quia hereditas codicillis dari non possit, quæ regula est juris. Ea consulit Imperatorem. Respondet, ordiens a dissolutione dubitationis: hereditas, ait, neque dari codicillis, neque adimi potest, sed ita, si directo hereditas detur. Cæterum per codicillum fideicommissum relinqui potest. Id cum in proposito factum sit: respondet errare mulierem, quæ putabat, fideicommissum non deberi. Jus autem hac de re constitutum expendendum est.

1 Ergo regula juris est, hereditatem † codicillis neque dari, neque adimi posse, ut *et h. t. in §. codicillis, Instit. h. t.* Observandum est autem, regulam natam esse a veteribus Jureconsultis, ut significat Papinianus in *L. quod per manus, D. eod.* Unde merito dubitatum est, quam recte fuerit ab illis constituta, Nam prima facie videri potest juri de codicillis constituto adversari. Ut enim intelligimus *ex princ. de codicillis, Inst.* codicillorum jus simpliciter admissum est, ut valerent, neque distinguitur, quid codicillis relinquatur. Cur igitur interpretes juris hereditatem exceperunt? Et ut intelligeretur id recte factum esse, sedulo ratio reddita est, cur hereditas codicillis dari non possit, de qua ratione commodius dicetur in *L. si idem, infra.* Ut autem placuit hereditatem codicillis dari non posse; ita consequens fuit placere † hereditatem codicillis adimi non posse; quia qui quibus institutis, aut substitutis hereditatem adimit, is hereditatem vel sequentibus, vel institutis, vel legitimis dare intelligitur, quod prius prohibebatur. Est et hæc ratio, cur hereditas codicillis adimi non possit; quia ejus est nolle, qui potest et velle, *L. ejus, de reg. jur.* Cui regulæ conveniens est, ut qui non potest nolle in codicillis hereditatem dare, non possit etiam vel in iis dare. Eadem regula admissa consequens fuit, ut placeret codicillis † conditionem heredi instituto adjici non posse, quod fieri non posse traditur in *d. §. codicillis, Inst. eod.* L. *divi. D. eod.* Ideo autem hoc consequens, quia qui conditionem institutioni adjicit, is in defectum conditionis hereditatem adimere intelligitur.

(margin notes: 2 beside "cere † hereditatem codicillis adimi non pos-"; 3 beside "sequens fuit, ut placeret codicillis † condi-")

Exempli gratia: testator testamento heredem instituit Titium pure: deinde codicillis ita cavit: *volo Titium ita mihi heredem esse,*

se, si navis ex Asia, etc. Dicimus conditionem inutiliter adjectam, et quanvis navis ex Asia non venerit, nihilominus Titium heredem futurum; quia qui instituit heredem Titium, si navis ex Asia, etc. intelligitur ei adimere hereditatem, si navis ex Asia non venerit. Porro codicillis hereditas adimi non potest. Hæc ratio reddita est in hac specie, L. *pen.* §. *ult. D. de cond. Inst.* Qua ratione autem conditio institutioni in codicillis adjici non potest; eadem ratione
4 probandum est, nec † conditionem institutioni detrahi posse codicillis. Nam etsi de hac parte nihil nominatim scriptum; tamen qui institutioni conditionem detrahit, is in defectu conditionis hereditatem dat, quod multo minus codicillis facere permissum est. Ut puta testator testamento Titium heredem instituit, si navis ex Asia venerit; deinde codicillis eum pure heredem esse jussit. Dicimus, si navis ex Asia non venerit, eum heredem non futurum; quia sub conditione sit institutus: nec ad rem pertinere, quod conditio codicillis detracta est; quoniam hereditas codicillis dari non potest. Sed quod
5 † dicitur hereditatem codicillis dari non posse, ita temperandum est, si directis verbis hereditas detur. Cæterum verbis precariis, seu per fideicommissum, utiliter hereditas codicillis relinquitur, quod constituitur hoc rescripto, *et in* §. *codicillis*, *Inst. eod.*
6 Directis verbis † hereditas dari intelligitur, cum ita datur ut hereditas capiatur recte ex testamento defuncti, seu a defuncto, non autem interveniente persona heredis. Quod contra fit, ubi precariis verbis relinquitur hereditas; tum enim rogatur heres vel testamentarius, vel legitimus, ut hereditatem restituat ei, cui defunctus restitutam vult, ut sic hereditas ab herede recta capiatur, non a defuncto, cujus generis relictum dicitur fideicommissum, quia committitur fidei heredis, ut restituat. Dicitur relinqui verbis precariis, quia testator precatur et rogat heredem, ut restituat. Hæc indicantur in §. *pen. et ult. Inst. de sing. reb. per fideicom. relictis.* Et constat fideicommissum recte relinqui codicillis ab herede, quem testator testamento scripsit. Quæ species fuit hujus rescripti. Du-
7 bitatum † etiam est, an relinqui possit fideicommissum ab intestato, ut sic fideicommissum præstaretur ab herede legitimo. Dubitatio nata est ex regula juris, ex qua efficitur: cui nihil datum est a defuncto, ab eo nihil relinqui posse, L. *ab eo*, *inf. de fideicom.* *L.* 6. *in pr. de legat.* 3. Secundum quam regulam recte admittitur fideicommissum relinqui ab herede scripto, utpote cui testator prius hereditatem dederit. Sed eadem regula effici videtur, ne possit fideicommissum relinqui codicillis ab intestato; quoniam hoc præstari non potest, nisi ab herede legitimo. Iis autem testator non dat hereditatem, sed lex: ut dicitur, hereditatem intestati lege obvenire, quia lege sola obvenit, *L. lege obvenire*, *de verb. sign.* Unde et heredes ab intestato succedentes dicuntur legitimi heredes. Et adversus hanc dubitationem munimur alia regula, qua traditur, fideicommissum codicillis etiam ab intestato recte relinqui, §. 1. *Inst. eod.* et quodcunque ab intestato relictum erit, id præstabitur ab omnibus legitimis heredibus, etsi post codicillos nati sint, L. 3. L. *ab intestato*, *D. eod.* Neque id adversatur superiori regulæ, sed magis ea regula confirmatur. Nam et heredibus legitimis intelligitur testator hereditatem dare hoc ipso, quod hereditatem ad eos pervenire patitur, cum esset in ejus potestate hereditatem his adimere alios heredes instituendo. Ratio reddita est in L. 1. §. *sciendum*, *de legat.* 3. Quid † 8
autem si hereditas directis verbis codicillis relicta sit? Puta, aliquis codicillo heres institutus est, aut substitutus, an plane inutilis erit institutio et substitutio? Placet inutilem esse institutionem, et substitutionem; sed tamen hereditatem ex fideicommisso peti posse, L. 2. §. *ult. D. eod.* Et quid interest, dicat aliquis, utrum quis dicat directe relictum non valere, aut valere, si jure fideicommissi valet? Respond. Differentia exposita est in dicta *L.* 2. *in fin.* Nam directa hereditas si relinquitur, et relictum valet, tota hereditas capitur ab herede: ubi autem relinquitur per fideicommissum, non capitur tota hereditas a fideicommissario, sed detrahitur prius quarta ex lege Falcidia, seu Senatusconsulto Trebelliano. Estque hæc species L. *Scævola*, *D. ad Trebell.* Quod tamen sic accipiendum est, si testator codicillos, quibus hereditas directo data est, voluit nominatim pro codicillis valere. Cæterum si testamentum facere instituit, et se facere opinatus est, fideicommisum non debebitur, quocunque modo hereditas data sit, sive directo, sive per fideicommissum; quia neque ea scriptura, in qua hereditas data est, ut testamentum valet, quia jure perfecta non est; neque ut codicillus, quia testator codicillos facere noluit, L. *illud*, §. 1. *D. eod. L. coheredi*, §. *cum filiæ*, vers. *quæ ita*, *de vulg. et pupill.*

Quod si hereditas directis verbis inutiliter codicillis data, tamen jure fideicommissi de-

defenditur; multo magis justo testamento directis verbis inutiliter data, eodem jure defendetur. Nam si conferantur inter se scripturæ, testamentum multo plenior est et solemnior scriptura, quam codicilli. Si conferatur inter se voluntas defuncti in eadem scriptura, eadem est voluntas defuncti volentis aliquid fieri post mortem suam, quanquam in testamentis hæc voluntas est plenior. Proinde si quis substituerit filio heredem post quatuordecim annos, et si substitutio tanquam substitutio valere non potest, *L. verbis, L. in pupillari, de vulg.* tamen recte existimatur vulgo heredem defuncti fideicommisso teneri substituto, uti teneretur, si codicillis substitutio facta esset, ut est in *L. Scævola, ad Trebell.* Non enim substitutio codicillis facta jure fideicommissi defenditur, quia codicillis facta; sed quia codicilli valuerunt. Ergo multo magis idem in testamento dicendum est, si testator voluit.

Ad L. Cum proponatis. 3.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. Hyacintho et aliis.

Cum proponatis pupillorum véstrorum matrem diversis temporibus ac dissonis voluntatibus duos codicillos ordinasse: in dubium non venit id, quod priori codicillo inscripserat, per eum in quem postea secreta voluntatis suæ contulerat, si a prioris tenore discrepat, et contrariam voluntatem continet, revocatum esse. PP. VI. Idib. Septemb. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Codicillis pluribus factis diversam voluntatem continentibus uter valeat?*
2. *Codicilli, an iis modis, quibus testamenta, rumpantur.*
3. *Cur ut testamentum prius rumpitur posteriori, non item eodem modo rumpantur codicilli.*
4. *Codicillus cur non rumpatur agnatione postumi.*

1 SI quis plures † codicillos fecit, contrariam voluntatem continentes, non potest plus una scriptura valere. Sed utri codicilli valent? Hic scriptum est, per posteriores prioribus derogatum esse: quo significatur solum posteriores valere, idque respondetur ex regula juris certi, in legatis et fideicommissis novissimam voluntatem spectari, L. 12. §. *ult. de legat.* 1. *L. quod traditum, de cond. et demonst.* Quid si diversi tantum erunt, non contrarii? Colligitur ex hoc loco omnes valere, quod etiam verum est. Idque est, quod aliis locis traditur, posse unumquemque plures codicillos facere utiliter, ut omnes consistant, §. *ult. Inst. eod.* L. *divi*, §. *codicilli*, *D. eod.* In quo singulare jus notandum est et proprium codicillorum. Nam in testamentis hoc jus est, ut si quis prius testamento facto, deinde aliud testamentum faciat, posteriori testamento prius rumpatur, §. 1. *Inst. quib. mod. test. infir.* Sed hic consistendum non est, sed generaliter ita definiendum, codicillos jure consistentes nunquam rumpi ullo modo ex iis, quibus testamenta rumpuntur, sed sola aperta contraria voluntate, aut consequenti, hoc modo: si codicillus ad testamentum pertineat, et testamentum ruptum sit.

2 Testamentum † rumpitur duobus modis, posteriori testamento rite facto, et agnatione postumi sui heredis, qui testamento præteritus erat, *tit. Inst. quib. mod. test. infir.* Codicilli priores aliis codicillis postea factis non rumpuntur, omnes pariter valent, ut dictum. Sed etsi codicillis factis suus heres agnascatur defuncto, cum nullam ejus heredis mentionem fecerit in codicillis: codicilli non ideo evanescunt, sed relictum debetur ab omnibus heredibus legitimis, etiam ab ipso filio, qui postea natus est, si heres patri exsistat, *L. 3. ab intestato, D. eod.*

Hoc tamen ita, nisi testator codicillis specialiter unum aliquem ex heredibus rogaverit, ut aliquid præstaret, quo casu is solus heres tenebitur fideicommisso, et tenebitur tantum pro parte, si id, quod relictum est, recipiat: si autem non recipiat, nullo modo de-

tenebitur, *hoc in* L. *pen. D. eod.* Solum, ut dixi, contraria voluntate testatoris codicilli tolluntur; quemadmodum et testatoris voluntate consistebant, ut hic cavetur. Et hoc principaliter; nam per consequentiam hoc evenit in codicillis, ut si codicilli ad testamentum pertinent, postea rupto testamento, etiam codicilli, qui pars erant testamenti, rumpantur, de quo dictum est ad L. 1. *supr.*

3 Sed cur † quemadmodum posteriore testamento prius rumpitur; ita posterioribus codicillis non rumpuntur priores? Movet quæstionem, quod par ratio in utroque videtur esse. Ut enim duorum testamentorum par vis est; sic duorum codicillorum vis eadem. In quibus autem eadem ratio est, in his idem jus statui debet, L. *illud*, *D. ad* L. *Aquil.* Proinde si posteriore testamento rumpitur prius, quod eandem vim habet: par est, et posterioribus codicillis priores rumpi, qui eandem vim habent. Respondeo: Si propter testamentum posterius rumperetur prius, esset eadem ratio in scriptura testamenti posterioris, et scriptura posteriorum codicillorum. Nunc autem posteriori testamento non rumpitur prius propter posterius testamentum, seu propter scripturam posterioris testamenti; sed quia posteriori testamento declaratur prius testamentum esse imperfectum: sic autem jus est, ut si quid testamento desit ad heredum institutionem, de quibus testator cogitavit, testamentum sit imperfectum, et hoc ipso inutile, *L. is qui testam. qui testam. fac. pos.*

Hæc ratio cessat in codicillis; nam posterioribus quidem codicillis declaratur aliquid deesse prioribus ad voluntatem defuncti, sed non ideo priores codicilli infirmantur. Nam codicilli natura sua sunt voluntas imperfecta; imo nunquam plenam voluntatem continent. Non est enim plena voluntas, nisi quis constituerit sibi heredem, idest, universi juris sui successorem. At codicillis id fieri non potest, *L.* 2. *sup.* Proinde non ideo priores codicilli infirmantur, etsi sint imperfecti.

Rursum quæro, cur † testamentum jure 4 factum et solemniter, agnatione postumi rumpitur: codicillus autem eadem agnatione non rumpitur? Cum plus sit rumpere testamentum, utpote scripturam justam et solemnem, quam rumpere codicillos, scripturam non plenam, et regula juris facit, ut non debeat, ei, cui quod plus est licet, quod minus est non licere, *L. non debet*, *de reg. jur.* Quare cui licet rumpere testamentum, licet etiam codicillos rumpere multo magis. Respondeo: Et hic diversa ratio est testamenti et codicillorum. Differentia autem hæc est: Agnatione postumi præteriti rumpitur testamentum, non propter agnationem solam, sed quia herede alio instituto in testamento hereditas postumo aufertur. Huic autem hereditas auferri non potest, nisi exheredatione juste facta; quoniam heres est vivo patre filius L. *in suis*, D. *de lib. et postum.*

At codicillis, qui agnationem postumi antecedunt, non aufertur hereditas postumo postea nato, sed magis ei confirmatur. Nam quæ relinquuntur codicillis, ea relinquuntur a legitimis heredibus: proinde testator simul vult legitimos suos heredes sibi heredes permanere. Quare cum codicillis hereditas non auferatur, cessat ratio, propter quam præteritione rumpi debeant. Hoc amplius cum testamento præteritur postumus, qui postea nascitur, culpa testatoris est, qui potuit eum instituere. In codicillis si filius heres non instituitur, nulla culpa patris est; quia codicillis hereditas dari non potest, ut quasi hereditas confirmetur. *Ad* L.

Ad. L. Non idcirco. 4.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Stratonico.

Non idcirco minus, quod intestato te absente codicillos mater tua fecit: hi, quibus precariis verbis adscripta sunt, relicta capiunt. Sine die et consule.

SUMMARIUM.

1. *Voluntas sola testatoris testamentum facit.*

SI quod quisque legavit de re, ita jus est, ut cautum est lege duodecim tabul. *L. verbis, D. de verb. sign.* consequens est, ut quicquid erit testamento, aut codicillis, aut omni scriptura de suprema voluntate cautum, id totum pendeat ex defuncti voluntate, non alterius cujusquam sive heredis, sive
1 legatarii. Unde dictum est, voluntatem † testatoris solam testamentum facere, L. *ex facto, §. rer. D. de her. instit. L.* 12. *in fin. de L.* 1. Sic fit, ut quicquid relinquitur, id ab invito relinqui possit, si modo is sit, cui testamento dederimus aliquid, L. *sciendum, de legat.* 3. Si invito eo legatum et fideicommissum recte relinquitur, multo magis relinquitur eo ignorante, quod hic cavetur.

Ad L. Ne codicillos. 5.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Flaviæ.

Ne codicillos quidem furentem posse facere, certissimi juris est. Si igitur scriptura velut codicillorum patris tui fuit prolata, ut aliquid ex hac peti possit: adseverationi tuæ, mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse probari convenit. Datum VI. Kalend. Decembr. Divelli CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Furiosus an possit codicillos facere: et qui non.*
2. *In dubio utrum defunctus fuerit sanæ mentis, nec ne, cui incumbat onus probandi, petentine ex codicillis, an heredi.*

1 QUod placet furiosum † codicillos facere non posse, mirum non est; nam furiosus nihil natura agere potest, in quo animi judicio sit opus, L. 2. §. *pen. D. h. t.* Sed hic consistendum non est, cum quæritur, qui codicillos facere non possint; verum generaliter definitur, neminem codicillos facere posse, qui testamentum facere non potest, *L. divi, §. pen. L. conficiuntur, §.* 1. *D. eod.* Si quis igitur civis Romanus non sit, puta sit peregrinus, deportatus; sive quis judicio præditus non est, ut furiosus, prodigus, mente captus, pupillus; sive quis fari et scribere non possit, ut mutus et surdus; sive quis in bonis jure nihil habet, ut filiusfamilias et servus; sive quis jussus est esse intestabilis, ut qui ob carmen famosum damnatus est, is codicillos facere non potest, quia nec potest testamentum facere: de quibus generibus dictum est suo loco, scilicet titulo, *qui testam. fac. poss.* Huc pertinet Titulus *Institutionum, quib. non est permissum fac. testam.*

Hic notandum est, † qui aliquid petit ex 2
codicillis, cui objicitur, defunctum furiosum fuisse, si contendat fuisse defunctum sanæ mentis, tum id probare non debere, sed heredem, qui sanæ mentis fuisse neget. Hoc

prima

prima ratione videtur repugnare regulis juris de probationibus quarum prima est: ei qui dicit, incumbere probationem, non ei, qui neget, *L.* 2. *de probation.* Altera certior, semper actorem in eo, quod intendit, probare debere, non reum, qui negat, *L. verius*, *D. de probat.* L. *actor, supra*, *de probation.* Atqui in specie proposita qui ex eo petit, actor est, heres unde petit, reus est. Sed nihil hic dicitur superioribus regulis contrarium. Volumus enim etiam actorem probare debere defunctum fuisse compotem mentis, sed satis probat talem fuisse, hoc ipso, quod probat, aliquando eum fuisse mentis compotem: probat autem id natura ipsa, nam tunc saltem, cum natus est, non fuit furiosus, non insanus. Ex quo necessitate consequentiæ sequitur semper illum talem fuisse deinceps, nisi abalienata mente esse cœperit, aut cœperit furere. Hoc autem actor nunquam dicet; quia contra se diceret. Id igitur reus si dicit, probare debet jam secundum superiores regulas; primo, quia dicit; deinde, quia in eo exceptione utitur: semper reus in exceptione actor est, quia in exceptione dicit et affirmat, quod necesse sit ad defensionem suam, L. *in exceptionibus*, *de probat.* Huc recte referetur *L. sive possidetis*, *supr. de probat.*

Ad L. Sive. 6.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Demosteni.

Sive initio, quæ fuerat codicillis relicturus generaliter, sive novissime relicta servari mandaverit: confirmatione munitus, nullam justam gerere solicitudinem potes. Dat. III. Idus Decemb. Nicomediæ CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Codicilli quomodo testamento confirmentur in præteritum et in futurum.*

QUod codicillis testamento confirmatis relictum est, excepta hereditate, citra controversiam debetur. Confirmatur au-
1 tem † testamento codicilli, aut in futurum, aut in præteritum. In futurum, cum quis testamento prius facto, mandat ea servari, quæ postea codicillis relicturus est. In præteritum, cum prius facto codicillo, postea testamentum facit, quo indicat ea, quæ novissime reliquit, idest, novissime scripta, sive postrema codicillorum verba servari, quæ verba sunt hujus legis; congruit L. *conficiuntur*, *in pr. D. h. t.* Quid si testamento codicilli nominatim confirmati non sint? Placet nihilominus valere, tanquam ad testamentum pertinentes, sive prius facti sint, sive posterius, L. 3. §. *ult.* L. *ab intestato*, *D. eod.* Quid igitur hic opus fuit adjicere de codicillis testamento confirmatis? Resp. Apparet de codicillis testamento confirmatis responsum esse hoc rescripto, quia de illis consulebatur. Respondetur autem per amplificationem ad hanc sententiam: codicilli etiam nominatim in testamento non confirmati per se valent. Proinde si testamento confirmati sint: sine caussa dubitabis, an illi valeant, et an illis relictum debeatur.

Ad L.

Ad L. penult. 7.

Imp. Constantinus A. ad Maximum. PP.

Si idem codicilli, quod testamenta possent: cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas juris auctoritate data non est. Dat. III. Jun. Pacatiano et Hilariano Coss.

SUMMARIUM.

1. *Hereditatem codicillis dari non posse. Ratio* ibid.

1 Dixi ad *L.* 2. *supr.* hereditatem † codicillis dari non posse, idest, codicillis heredem neque institui, neque substitui posse, ut hic apertius declaratur *in fin.* Quæsitum est, cur id veteres prudentes exceperint, cum ab inventoribus codicillorum codices admissi sint indistincte et sine ulla exceptione? Hujus rei duas rationes redditas legimus, quarum una est hic, altera est in *L. quod per manus*, *D. eod.* Prior hæc est; quia si codicillis licet heredem instituere, codicilli erunt testamentum, sive idem erunt codicilli et testamentum, idem utriusque scripturæ jus: nam heredis institutio non tantum est caput et fundamentum testamenti, ut est in §. *ante heredis*, *de legat.* sed et totum testamentum continet, atque constituit, L. 1. §. *qui neque*, *de hered. Inst.* At semper obtinuit, codicillos non esse testamentum, et constat ita codicillos esse inventos, ut tamen diversi essent a testamento. Id probatur in hoc loco. Probatur autem ex eo; quod diversa nomina utrique rei et scripturæ sunt imposita. Ne quis hoc argumentum repudiet, optimum est in iis scriptoribus, qui prudenter et considerate loqui volunt, ut res quaslibet apte exprimant. Nam ut est bene scriptum in §. *est et alius*, vers. *sed pleniss. Inst. de donat.* nomina rebus imposita debent esse rebus convenientia: id quod observatur, cum ab omnibus sanis scriptoribus, tum præcipue ab auctoribus et constitutoribus juris. Quibus positis consequens est, si codicillos volumus esse aliud, quam testamentum, in codicillis hereditatem dari non posse.

Altera ratio est itidem ab absurdo. Nam cum quis testamentum fecit, et præterea codicillos, convenit inter omnes, codicillos testamento confirmari. Quinimo prima origo codicillorum confirmatorum nata est ex iis codicillis, qui testamento confirmati proponebantur, ut refertur in *Inst. in pr. eod. tit.* Quod si dixerimus codicillis heredem institui posse, eveniet contrario modo, non ut codicilli confirmentur testamento, sed ut testamentum confirmetur codicillis, quod est absurdum. Nam semper tenendum est, heredis institutionem confirmare testamentum, quia, testamentum ex ea vires capiat. Hæc sententia est Papin. in *d.* L. *quod per manus*, *D. eod.*

Ad L.

Ad L. ult. Si quis agere.

Imp. Theodosius A. Asclepiodoto PP.

Si quis agere ex testamento quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit: ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens, minime permittatur. Tantum enim abest ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus: ut etiam illud sanciamus, si testator faciens testamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit: qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum præclusisse: ita ut sive bonorum possessionem secundum tabulas, sive secundum nuncupationem, cæterasque similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit: statim inter ipsa hujus juris auspicia propositum suæ intentionis explanet. Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis ultimam voluntatem: nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere: illo electionis videlicet jure perdurante, ut qui ex testamento agere voluerit, ad fideicommissum migrare non possit. Si quis vero ex parentibus utriusque sexus, ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognitionis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit, vel nuncupatus, in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere: licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare. Non enim par eademque ratio videtur, amittere debita, et lucra non capere. In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur subnotationem suam accommodantibus. Dat. XV. Kalen. Mart. Constantinop. Victore V. C. Coss.

SUMMARIA.

1. *Scriptura quando pro testamento valeat, et quando pro codicillis.*
2. *Heres scriptus quando ex scriptura hereditatem consequi possit.*
3. *Heres ex scriptura institutus an hereditatem ex ea petere possit tanquam ex codicillis. Et quid in fideicommisso.*
4. *Persecutionis fideicommissi omissio adversus quem constituatur, et ob quod factum heredis.*

AGitur hic de ea scriptura, quam defunctus pro testamento instituit, in qua scripsit heredem L. Titium, sed ea scriptura, quæ proponatur non valuisse tanquam testamentum; ejusmodi tamen, quam si defunctus valere vellet pro codicillis, eatenus valere possit. Instituisse aliquem eam scripturam, de qua quæritur, ut testamentum fieret, aut ex verbis defuncti intelligetur, aut si verba nulla sunt, quibus id probetur, satis id arguitur ex eo, quod in ea scriptura heredem scripsit, L. *illud*, §. 1. *D. eod.*

Hæc † scriptura pro testamento non valet, si quid ex solemnibus testamenti desit, puta

puta si desit vel unus testis, aut non omnes sint idonei testes, si desit alicujus subscriptio, aut obsignatio, L. *si unus*, *sup. de testam.* Eadem scriptura pro codicillis valere potest, si proponas in ea testes adhibitos fuisse, juxta ea, quæ scripta sunt in *h.* L. *in fin.* De hac scriptura ita jus est: Convenit inter omnes, heredem scriptum ex ea scriptura hereditatem petere non posse: non enim potest tanquam ex testamento; quoniam fingimus scripturam pro testamento non valere: non potest petere tanquam ex codicillis, etiamsi quis concesserit, eam scripturam pro codicillis valere posse; quoniam certum est codicillis hereditatem dari non pos-
2 se, *L. pen. et* L. 2. *supr.* Sed quamvis † heres scriptus hereditatem ex ea scriptura consequi non possit, ut quasi hereditas confirmetur, tamen ex fideicommisso hereditas peti potest, si quis eam scripturam pro codicillis haberi concesserit.

3 Hinc quæritur, an † heres ejusmodi scriptura institutus hereditatem ex ea scriptura possit petere, tanquam ex codicillis. Eadem quæstio est, si quis nuncupato testamento, institutus sit heres, et testamentum perfectum non sit, an nihilominus pro codicillis valere potuerit, si testator vellet. In qua specie etiam idem jus constituitur *h.* L. quod constituitur de superiori, videlicet, ut quod de una specie dixi, id intelligendum sit et de altera. Sic ergo de priori quæstione constituitur hoc loco: quoties ea scriptura, quæ pro testamento parabatur, jure non perficitur, ita ut pro testamento non valeat, institutus ea scriptura heres nunquam ex ea hereditatem petere, aut consequi ut hereditatem potest. Sed si scriptura pro codicillis valere potuit, si testator vellet, heres institutus fideicommissum potest petere a legitimis heredibus, ut *est in d.* L. 2. §. *ult. D. eod.* Sed ita si duo concurrant, nimirum, si testator nominatim caverit, se velle, ut ea scriptura quovis jure valeret, vel quod idem est, ut ea scriptura etiam pro codicillis valeret; et præterea si scriptus heres prius ex ea scriptura tanquam ex testamento hereditatem non petierit.

Cæterum duobus etiam temporibus fideicommissi persecutionem ex ea scriptura heres non habebit. Nam alias ab initio fideicommissi persecutionem non habet; alias etiamsi habuit, tamen postea facto suo amittit. Fideicommissi persecutionem ex ea scriptura ab initio non habet, nisi testator expresserit, ut ea scriptura etiam pro codicillis valeret. Nam si expresserit, pro codicillis valet; et tanquam ex codicillis jure factum fideicommissum peti potest. Quod si testator hoc non expressit, scriptura quæ pro testamento non valet, nec fideicommissum petet. Hæc sententia vetus est, multis locis in D. expressa, L. 1. *D. eod.* L. 3. *coher.* §. *cum filiæ*, vers. *cum ita*, *de vulg.* et nominatim in L. *ex ea scriptura*, *qui test. fac. poss.* Eadem sententia confirmatur in *hac L. vers. illud*, sed ita, ut in hac parte nihil novi juris constituatur, sed tantum confirmetur. Quod si heres ab initio hoc modo persecutionem fideicommissi habuit, placebat olim eundem etiam petitionem retinere, quanvis hereditatem ex ea scriptura tanquam ex testamento petiisset. At hic novum jus constituitur hac lege: placet enim eum, qui ex ea scriptura tanquam ex testamento hereditatem petiit, si simul fideicommissum petere velit, postea ex codicillis non admitti fideicommissi persecutionem quod initio *hujus* L. constituitur usque *ad vers. illud.*

Hoc ne quis ita interpretetur, quasi heres, qui hereditatem petiit, non possit ex codicillis fideicommissum petere, si testator nihil nominatim, se velle ut scriptura pro codicillis valeret, adjecit; Theodosius se hoc jus etiam tunc constituere ait, cum testator nominatim complexus est, ut scriptura pro codicillis valeret: ut intelligamus hoc casu nihil prodesse heredi ad fideicommissi persecutionem voluntatem expressam defuncti, non quod voluntas defuncti servanda non sit, quæ præter cæteras omnes servanda est: sed quia heres huic voluntati renuntiasse videtur, dum prius hereditatem tanquam ex testamento petiit. Hæc sententia est *vers.* in iis verbis *tantum enim abest.* Quid si heres initio dum hereditatem petit, utramque persecutionem proponat, et dicat, se velle hereditatem petere ex testamento, si tanquam testamentum valeat, sin minus, velle se tanquam ex codicillis fideicommissum consequi? Theodosius adjicit, etiam in hac protestatione heredem non esse audiendum, sed deferri ei potestatem eligendi utrum petat, et hoc initio petitionis explanare debere, ita ut intelligatur una via electa, alteram repudiasse. Hæc sententia est illorum verborum, *ita ut sive bonorum possessionem*, et quæ sequuntur.

Sed hic diligenter videndum est, adversus
† quem constituatur hæc amissio persecutio- 4
nis fideicommissi, et ob quod factum heredis; nam verba constitutionis in hac parte rem non satis explicant. Loquitur Theodosius initio de eo, qui velut ex testamento de hereditate agere voluit. Quid ergo, an hoc ipso, quod heres ea scriptura institutus voluit, et con-

constituit apud se de hereditate agere, tanquam ex testamento, an, inquam, ob id amittet fideicommissi persecutionem, tanquam ex codicillis: Respondeo. Hoc non sic accipiendum est, sed verba sic interpretanda sunt; si quis agere voluerit, et revera egerit, ac petierit hereditatem velut ex testamento, ut voluerit cum effectu, sive voluerit et voluntatem facto declaraverit. Id declaratur verbis seqq. *constit.* liquido; quæ postea diriguntur ad eum tantum, qui hereditatem petit, seu de ea agit. Huc referenda sunt illa verba: *Qui hereditatem petit in ipsis intentionis suæ exordiis.* Item illa verba, quæ sunt *in vers.* Si quis vero: *licebit ei, qui ex voluntate defuncti agens superatus fuerit.* Item illa verba: *Cum Theodosius vetat heredem, postquam agere voluit: tanquam ex testamento migrare ad fideicommissi persecutionem.* Quibus verbis utitur statim *in pr. et in vers. illud, in fin.* Non migrat autem petitione hereditatis ad persecutionem fideicommissi, nisi is, qui prius petitionem hereditatis instituit, ut sic dicatur ab una petitione ad alteram transire. Ex quibus omnibus locis jam intelligimus, non aliter heredem in specie proposita, neque ob aliud factum fideicommissi persecutionem amittere, quam si hereditatem tanquam ex testamento petierit. Et ideo quanvis prius hereditatem tanquam ex testamento adierit, quanvis etiam bonorum possessionem petierit secundum eas tabulas, atque adeo quanvis petierit, se mitti in bonorum possessionem, si nondum judicio directo hereditatem petiit, seu quod idem est, nisi petitione hereditatis egerit, tanquam ex eo testamento heres: nulla agnitione sua præcedente persecutionem fideicommissi amittit quo minus cognitio errore suo et jure scripturæ recte ex ea scriptura tanquam ex codicillis agat et fideicommissum petat.

Non obstant illa verba: *Ita ut sive bonorum possess.* et *quæ seq.* Nam in his verbis Theodosius non constituit ut heres qui bonorum possessionem petit, aut qui se petit in bonorum possessionem mitti, declaret, utrum velit, se admitti tanquam ex testamento, an tanquam ex codicillis; alioqui ita dicendum fuisset, si quis bonorum possessionem postulet, non autem postulaverit. Item, si quis se mitti in bonorum possessionem petat, non autem petierit. Sed hoc constituit, ut heres explanet et declaret propositum intentionis suæ, idest, utrum velit tanquam hereditatem petere, an tanquam fideicommissum, inter exordia hujus juris, nempe hujus petitionis hereditatis, de qua institutus est sermo. Nam petitio et omnis actio jus est persequendi, *tit. de act. in pr.* Et hoc declarat heres et declarare potest, quanvis ante vel hereditatem adierit, vel bonorum possessionem petierit, vel petierit se mitti in possessionem, ita ut hæc omnia præcedentia non obstent heredi postea petenti hereditatem, quo minus declarare possit, utra persecutione uti velit. Iterum hæc sententia manebit, eum heredem, qui ex proposita scriptura hereditatem petiit tanquam ex testamento, hac sola petitione fideicommissi persecutionem amittere, quam instituere postea velit ex eadem scriptura codicillorum.

Hoc loco excipiuntur in hac eadem lege parentes defuncti, usque ad quartum gradum, et cognati defuncti usque ad tertium gradum, qui etsi in supra dicta scriptura heredes instituti sunt, et hereditatem ex ea tanquam ex justo testamento petierint: possunt nihilominus postea migrare ad petitionem fideicommissi ex eadem scriptura, si pro codicillis valere potuit, et testator, ut valeret, expressit. Et hoc in §. *si quis vero.* Sed videtur hæc constitutio non tantum esse contra manifestam regulam juris, sed etiam pugnare adversus manifestam æquitatem. Nam primo constat, si quis rem aliquam petierit, non prohiberi alio judicio aliam rem petere, etiamsi priore judicio victus sit, adversus easdem personas *L. cum quæritur*, L. *cum de eo*, L. *an eadem*, *D. de except. rei judic.* Et certe iniquissimum esset, quod in una re factum esset, in altera nocere, L. *si unus*, §. *pacta*, vers. *ante omnia*, *de pact.* At in specie proposita duæ res videntur esse, de quibus diversis judiciis agitur; hereditas, quæ prius petita est, et fideicommissum, quod nunc, tanquam ex codicillis petitur: ut proinde non videatur, quod de hereditate prius actum, in fideicommissi persecutione nocere debere.

Præterea etiamsi eadem res ab ipso petatur; tamen et illud certi juris est, eum, qui rem ex aliqua caussa petit, quanvis eo judicio victus sit, eandem rem ex alia caussa petere. *L. an eadem*, §. *actiones*, *de except. rei jud.* At rursum in hac specie duæ caussæ sunt, ex quibus hereditas petitur. Nam prius petitur tanquam ex testamento; deinde, tanquam ex codicillorum et fideicommissi jure. Nec obstat, quod hæ caussæ contrariæ sunt, scilicet dicere eandem scripturam testamentum esse, et esse codicillos. Nam etiam illud certo admissum, eum, qui ex aliqua caussa egerit de aliqua re, non prohiberi de eadem re agere ex alia caussa, quantumvis

vis priori contraria et repugnante: utputa petiit quis hereditatem tanquam heres ex testamento, et victus est, quoniam pronuntiatum est testamentum non justum esse; non prohibetur tamen idem eandem hereditatem petere ab ipso possessore, ex caussa intestati, L. *in plurium*, L. *illud*, *de acquirend. hereditat.* Item, debitor creditori suo legavit decem, quæ ei mutuo dedit: in hac specie si pecunia ex mutuo debetur, nullum fideicommissum est, et vice versa si fideicommissum est, non est mutuum; quoniam quod vere debetur, inutiliter legatur creditori. §. *ex contrario*, *Institut. de legat.* Ita fit, ut si creditor dicat, sibi eam pecuniam ex mutuo deberi, et ex ea caussa petat, simul vi ipsa dicat, sibi fideicommissum non deberi: et tamen placet, si in hac specie, creditor decem ex caussa mutui petierit, et pronuntiatum sit non deberi, quod possit idem eandem pecuniam petere ex caussa fideicommissi, quanvis videatur prius de fideicommisso negasse, L. *Aurelius*, §. *ult. de liber. legat.* Ergo in specie proposita consequens esse videtur, ut qui hereditatem petiit tanquam ex testamento, si pronuntiatum sit, testamentum imperfectum esse, non prohibeatur hereditatem petere tanquam fideicommissi jure: æquissima, ut videtur ratione, quoniam cum prius pronuntiatum esset, scripturam non esse testamentum, simul etiam effectum est, scripturam esse codicillos; quia alterutrum sit necesse est.

Respondeo: nihil verius est et nihil æquius, quam horum utrumque. Eum, qui rem aliquam petiit, et victus est, non prohiberi aliam rem petere. Deinde, eum etiam, qui rem aliquam ex aliqua caussa petiit, et victus est, non prohiberi eandem rem ex alia caussa petere, quanvis contraria, quoniam priore caussa remota posterior constituitur, ut fit in rebus contrariis. Sed adversus has regulas juris et æquitatis nihil peccatur hac constitutione. Nam quod ad rem petitam attinet, una res petitur, non duæ. Petitur enim utrobique et ex testamento et codicillis hereditas, et una eademque hereditas defuncti. Nec ad rem pertinet, quod priore judicio dicitur peti hereditas, posteriori dicitur peti fideicommissum. Nam his verbis nihil aliud significatur, quam priore judicio peti hereditatem directo jure, tanquam hereditatem: posteriore autem eandem hereditatem peti jure fideicommissi, et peti non tanquam recta a testatore, sed tanquam ab heredibus restituendam. Interim una eademque utrobique est hereditas defuncti. Quod attinet ad caussas agendi, etiam hic una caussa est, ex qua hereditas et fideicommissum petitur. Quod vero prius petitur hereditas tanquam ex testamento, deinde petitur fideicommissum tanquam ex codicillis, non sunt hic duæ caussæ petendi, testamentum et codicilli; sed una est utrobique scriptura, sive una testatio defuncti, quæ modo ab herede dicitur testamentum, modo codicilli. Hoc qui dicit de una scriptura, is quod de altera affirmare, de altera negare videtur, atque eo modo seipsum excludere; quoniam natura non potest eadem scriptura, et codicillus esse et testamentum, L. *pen. sup. h. t.*

Sed ex hac re incidit rursus constitutio in difficultatem. Nam si is, qui scripturam testamentum esse dicit, intelligitur negare, eam scripturam esse codicillum, cur hac constitutione admittuntur parentes et cognati ad fideicommissi persecutionem, si prius hereditatem tanquam ex testamento petierint, cum in quibus caussis eadem ratio est, in iis idem jus statui debeat, L. *illud*, *D. ad* L. *Aquil.*

Respondeo. Ratio differentiæ proposita est in §. *si quis vero.* Ex qua colligitur hæc responsio ad objectionem. Extranei heredes cum ex eadem scriptura petunt fideicommissum tanquam ex codicillis, non petunt nisi jure hujus scripturæ, a quo jure prius sua confessione et intentione exclusi sint. At parentes et cognati cum ex eadem scriptura tanquam ex codicillis fideicommissum petunt, ii ex alia caussa petere videntur quam ex scriptura; quoniam petunt, hereditatem tanquam ab intestato etiam sine codicillis debitam. Supra autem dictum, non prohiberi quenquam ex duabus caussis eandem rem petere. Non enim iniquum in hac constitutione, quod extraneus ab initio institutus petitionem cogitur eligere, utrum tanquam hereditatem petat ex testamento, an tanquam fideicommissum ex codicillis. Toties enim plures actiones ab eodem actore adversus reum admittuntur, sub disjunctione, quoties facto rei accidit, ut incertus sit actor, qua actione experiri debeat, et tunc certum est illi unam aliquam competere. Exemplum est in L. 1. §. *quia autem*, *quor. legat.* At in proposito incertitudo actionis ex facto et culpa heredis nascitur. Est enim in ejus potestate dispicere testamenti tabulas, et videre, num testamentum perfectum sit, nec ne?

Quid ergo si testamentum proferatur, quod prima facie sine ullo vitio appareat, et in hoc errore heres hereditatem petierit, tanquam ex justo testamento; deinde in judicio emerserit aliquod vitium latens, ut quia probatum sit testes non esse ejus conditionis,

cujus

cujus esse debeant, quæ tamen conditio ignorabatur ab herede; an hoc casu dicemus prohiberi heredem errore cognito ad fideicommissi persecutionem transire, tanquam ex codicillis. Respondeo: puto hoc casu huic constitutioni locum non esse, et admittendum esse heredem ad fideicommissi persecutionem, quoniam justus error facti excusatione dignus est; cum fallat factum etiam prudentissimos, L. 2. *de juris et fact. ignor.* Deinde, quia quæ postea emergunt novo auxilio indigent. Et probatur hæc sententia aperte in L. *de ætate*, §. *ex caussa*, *de interrog. in jud. fac.*

Non obstat, quod in hac constitutione generaliter et indistincte sine exceptione prohibetur heres petita hereditate migrare ad fideicommissi persecutionem. Nam sequentia verba ostendunt, de quo herede Imperator sentiat; datur enim sequentibus verbis heredi potestas eligendi, utrum velit. Et prætera dicitur heredem unius juris electione alterum repudiasse videri. Hæc tantum cadunt in eum heredem, qui scire potuit, scripturam non valere tanquam testamentum. Nam si omnia concurrebant, ut existimaretur testamentum justum esse, non potuit heres eligere scripturam pro codicillis, ubi potestas eligendi codicillos ei non deferretur. Sed nec potest dici electo testamento repudiari jus codicillorum, ubi jus codicillorum sibi competere ignoravit. Quorum utrumque probatur in L. *mater*, versic. *cæterum*, *de inofficios. testament.* Unde relinquitur constitutionem hanc tantum ad istos heredes pertinere, qui potuerunt de scriptura cognoscere, qualis esset, perfecta, an imperfecta, ut in heredibus culpa hic puniatur, non justus error.

Ad §. ultimum.

In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. Dat. XV. Cal. Mart. Constantinop. Victore. V. C. Coss.

SUMMARIA.

1. *An extra testamentum plures sint species supremæ voluntatis: et earum nomen quod.*
2. *Codicillis nominatim testamento confirmatis, an in iis ea, quæ hic præcipiuntur, observanda sint: et quid si confirmati non sint.* ibid.
3. *Codicillis quæ sint cum testamento communia: et in quibus a testamento discrepent.*

Sententia est non obscura, etiam extra testamentum omnem supremam voluntatem valere, dummodo adhibitis iis observationibus, quæ hic præscribuntur. Ait consti-
1 tutio *omnem voluntatem* quibus verbis † significatur extra testamentum plures esse species supremæ voluntatis. Quæritur ergo, quæ sint? Id declaratur in hoc loco, cum dicitur, *voluntatem valere supremam, sive scriptis, sive sine scriptis conficiatur.* Unde rursum intelligitur non tantum in testamento nuncupato valere, §. *ult. Instit. de test. ordin. L. hac consultissima*, §. *per nuncupat. sup. de test.* Sed etiam extra testamentum, quicquid defunctus de sua voluntate testatus sit, etiam sine scripto, sed id ratum esse iis observatis, quæ hic traduntur. Quomodo igitur supremam voluntatem, quæ sine scripto conficitur, extra testamentum, et quo nomine appellabimus? Initio hujus tituli dictum, proprie codicillos dici non posse; sed tamen obtinuit usu posteriorum Imperatorum, ut et hæc voluntas codicillus diceretur, L. *ult. sup. de bon. libert. L. generali, sup. de sacros. eccles.*

Constituit Theodosius ejusmodi omnem scripturam valere, sed hac conditione, si ea observata sint, quæ hic præscribuntur. Quid si codicilli sint nominatim † testamento confir- 2
mati, an in his quoque quæ hic præcipiuntur,

tur, adhiberi oportebit? Minime, quoniam quæ his codicillis relinquuntur, non tam codicillis relinqui intelliguntur, quam testamento, *L. assessores*, *de heredib. instit.* *L. institutio*, *de condit. inst.* Non obstat, quod hic in ultima voluntate exiguntur quinque testes, et quæ sequuntur. Nam adjicitur, *in omni voluntate*, *excepto testamento.* Jam autem dictum, codicillis testamento confirmatis relicta, videri relicta testamento, non codicillis. Et ideo ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficiet, etiam secundum hanc constitutionem.

Quid si testamento nominatim codicilli confirmati non sint, et tamen defunctus unacum codicillis testamentum fecerit, vel ante, vel post codicillos, an in his idem dicendum? Movet dubitationem, quod hujusmodi omnes codicilli, etiamsi testamento confirmati non sint, tamen dicuntur ad testamentum pertinere, et testamenti jus sequi, L. 3. §. *ult.* *L. ab intestato, de jure codicil.* Respondeo: in iis non idem juris esse, quod in codicillis nominatim testamento confirmatis, sed ita hos valere, si ea observata sint, de quibus hic. Movet me *L. heredes*, §. 1. D. *qui testam. facer. poss.* ubi traditur: *Si testamento facto testator aliquid mutaverit aut adjicere velit, omnia ex integro esse facienda.*

Unde intelligimus, quæcunque postea codicillis fient, etiamsi dixerimus, illis codicillis mutari testamentum, aut testamento adjici; tamen omnia ex integro facienda, ut ex testamento valeant. Superest igitur, ut si valere volumus tanquam ex codicillis, ea observari debeant, quæ hic præscribuntur. Non obstat, quod dicitur, hos codicillos ad testamentum pertinere: nam ut ad testamentum pertineant, prius codicillos esse oportet. Non erunt autem codicilli, nisi jure facti et ex præscriptione hujus constitutionis.

In his, quæ hic observari jubentur, no-
3 tandum est, quatuor † esse, quæ sunt cum testamentis communia; tria esse, in quibus codicilli a testamentis discrepant, cum de solemnibus adhibendis agitur. I. Igitur hic exiguntur testes, ut in testamento. II. loco desideratur, ut testes adhibeantur ad codicillos, quo verbo significatur non esse idoneos testes in codicillis, nisi qui admoniti prius fuerint, se ad codicillos adhiberi, L. *heredes*, §. *in testamentis*, *D. qui testament. facer. poss.* Unde intelligimus etiam, hic quoque testes rogatos adhiberi debere, ut declaratur in *d.* §. *in testamentis.* Non obstat, quod hic dicitur, testes recte adhiberi, sive rogati sint, sive fortuito advenerint: nam non est necesse testes rogare, ut veniant, etiam qui fortuito intervenerunt, rogari possunt: sed interim cum interfuerint, moneri debent se adhiberi ad codicillos, quod nihil aliud est, quam eos rogare, ut testimonium præbeant. Hoc igitur et cum testamentis commune est. III. desideratur, ut coram iis negotium conficiatur, uno eodemque tempore, idest, uno contextu actionis. Hoc quoque cum testamentis est commune, L. *hac consultissima*, *supr. de testam.* L. *heredes*, §. *ult. D. qui testam. facere poss.* Postremo in codicillis scriptis jubentur adhiberi testium subnotationes. Subnotare est subscribere, L. *pen. D. qui test. fac. poss.* Et hoc quoque cum testamentis est commune.

Sed tria discrepant: numerus testium, et conditio, et signa. In testamentis numerus testium est septem, §. *sed cum paulatim*, *Instit. de testam. ordin. d.* L. *hac consultissima.* Conditio testium in codicillis hæc est, ut quicunque non prohibentur in aliis caussis dicere testimonium hi non prohibeantur codicillis testes esse, sed non e converso: nam prohibetur mulier in testamento esse testis, in codicillis non prohibetur; proinde recte testis adhibebitur ex d. reg. L. 1. *de test.* Sed et hoc ipsum nominatim expressum est de muliere, *L. qui testam.* §. *mulier*, *D. qui testam. facer. poss.* Postremo signa testium desiderantur in testamentis: at in codicillis non desiderantur.

AD TITU-

AD TITULUM XXXVII.

COD. DE LEGATIS.

SUMMARIA.

1. *Legare unde dictum, et legare quid.*
2. *Legandi appellatio et generalis et specialis est.*
3. *Legare in genere quid sit.*
4. *Legare in specie quid.*
5. *Legatum est donatio testamento relicta.*
6. *Donare est aliquid in aliquem conferre gratis.*
7. *Legatum quid differat a contractibus, donationibus non gratuitis, hereditate, fideicommisso, libertate, tutela, relictis testamento, donationibus, etc.*
8. *Legatum an possit codicillis, ut testamento, relinqui.*
9. *Legati diversæ definitiones, et earum examen et enodatio, et n. 10.*

NOn solum hereditas, seu universitas et successio nobis acquiri potest testamento et codicillis, sed etiam acquiri possunt res singulæ, quæ testamento, aut codicillis legantur, aut fideicommittuntur; unde ea dicuntur legata, aut fideicommissa, de quibus deinceps agitur, ut sciamus, quid sint, et quid in ipsis relinquere cuique defuncto liceat, et quatenus valeant, seu quem effectum
1 habeant. Ac prius de Legatis. Legare † *auctore Varon. Liber. 4. de legib.* dictum est a legendo, seu a delectu, ut sit cum delectu amandare a nobis, quod apud alios vice nostra fungatur, idque, ut usus loquendi docet et idem Varro testis est *Lib.* 5. refertur et ad personas et ad res. Nam et personæ dicuntur legari et res legari. Cum ad personas refertur, legare est dimittere a nobis pro imperio aliquem, qui apud alios vice nostra utatur; unde Legati dicti sunt. Cum ad res refertur, legare est aliquid testamento relinquere, quæ significatio non multum a priore distat, certe ambæ eadem ratione conjunguntur. Nam quicquid testator constituit de re sua, id sublato testatore ejusmodi est, ut defuncti vicem obtineat apud eum, apud quem constituitur.

2 Legandi † appellatio et generalis et spe-
3 cialis est. Generaliter † legare est aliquid testamento de re sua constituere et relinquere, quomodo accepta est L. 12. tabul. in illis verbis, *uti quisque legassit*, id est, uti de re sua constituerit pro imperio et jussu. Unde verbis iis legis, quatuor hæc confirmari intellectum est, heredum institutiones, legatorum et libertatum donationes, item tutorum constitutiones, ut est in *L. verbis legis, de verb. sig.*

Generalis autem hæc significatio verbi intellecta est ex adjuncto, nempe ex verbo *uti*, quod significat *quodcunque* seu *prout*, ut sit sensus: *uti quisque legaverit*, id est, quodcunque erit, aut quodcunque decreverit de re sua, ita jus esto. Specialiter † legare est 4
aliquid testamento donare, qua significatione semper *Legati* verbum usurpatur, nisi ex adjuncto intelligatur sententia scribentis, quasi de omni alia re, de qua constituerit testator, loquatur et sentiat is, qui scribit. Hæc de verbo.

Res definitur multis locis. Definitio hæc traditur in *L. legatum*, 36. *de legat.* 2. Legatum † est donatio, testamento relicta. Est 5
autem † donare aliquid in aliquem conferre 6
gratis. Id ergo legatum est, uti nunc de legato loquimur. Hoc verbo † separantur a 7
legato contractus: sunt enim contractus conventiones, non dationes. Huc pertinet L. *verba, contraxerunt, de verb. sig.* Distinguuntur item donationes omnes non gratuitæ. Præterea eodem verbo separantur omnia alia, quæ testamento relinquuntur ordinanturve, ut hereditas, fideicommissum, libertas, tutorum datio. Nam hæc omnia testamento relinquuntur, et in his datur aliquid, sed non sunt donationes. Hereditas non est donatio: nam sæpe in hereditate nihil est præter æs alienum; et tamen non eo minus hereditas est, L. *hereditas, de heredit. pet.* L. *hereditatis, de verb. sign.* Et quamvis hereditate adita heres

hereditariarum, *L. cum hereditas, de acquir. poss.* Tamen hoc fit per consequentiam successionis; nam principalis successio acquiritur heredi, successionem sequuntur commoda et incommoda, L. 1. *et* 2. *et* 3. *de bon. poss.*

Eadem nota distinguuntur et fideicommissa a legatis, non tantum verbis: nam in fideicommisso testator nihil donat, ut initium fuit fideicommissorum. Est enim fideicommissum, cum quis fidei heredis, aut alterius committit, ut aliquid det, præstet Lucio Titio. Quod cum fit, neque testator ipse quicquam confert, neque eum, quem rogat, obstringit, ut det, ut olim jus erat de fideicommissis: poterat enim is, qui rogatus erat dare, si vellet; si nollet, nulla erat necessitas præstandi, uti declaratur *Instit. de fideicom. hered.*

Libertas quoque hac nota distinguitur a legatis. Nam revera libertas nulla res est, ut dici possit eam dari. Certe non est res, quæ æstimationem recipiat, *L. libertas, de reg. jur.* Præterea in donatione nihil invito acquiritur: at unusquisque servorum invitus libertatem accipit, *L. ult.* §. *sin vero quidam, infr. de test. manumiss.* Tutorum dationem non esse certum est; proinde hoc verbo intelligimus legata non esse.

Adjicitur, *testamento relicta.* Hæc verba adjiciuntur duarum rerum significandarum
8 caussa. Primo, ut intelligatur, † ut olim jus fuit, legatum, nisi testamento, relinqui non posse, non vero posse codicillis, §. *præterea, Institut. de fideicommiss. heredit.* Quod tamen jus hodie sublatum est, de quo dicetur postea in comparatione legatorum et fideicommissorum sub Titulo, *de fideicom.* Deinde, ut intelligatur ita legatum donationem esse; ut tamen is, qui donat, non velit donatum, nisi post mortem suam fieri velit, L. 1. *qui test. facer. poss.* Hac nota discernitur legatum a cæteris donationibus non testamentariis, quales sunt donationes inter vivos et caussa mortis. Nam in his omnibus præsens præsenti jam nunc donat. De donationibus inter vivos nulla dubitatio est, L. 1. *de donation.* Sed et idem jus est in donationibus caussa mortis, ut expressum est in *L. inter, de donation. caussa mortis.* Idque satis demonstratur eo, quod dicuntur donationes caussa mortis ex pœnitentia revocari et condici: quæ donata sunt, non condicuntur, nisi jam ante tradita, L. 1. *L. senatus*, §. *donat. de mortis caussa donation.* In legato nihil tale est, nihil defunctus præsens præsenti legatario dat, sed post mortem dari vult.

Hæc definitio recta est, † etsi non addatur 9
ab herede præstanda, ut fit *in* §. *legatum, Inst. de legat.* non quod legatum non sit donatio ab herede præstanda, ut mox dicetur, sed quia in definitione solum explicatur quid sit legatum. Quomodo autem fiat, ut jure valeat, ad definitionem non pertinet necessario, sed in præceptis juris, de relinquendo, postea traditur.

Alia definitio exstat in dicto §. *legatum, Institut. de legat.* aliis verbis concepta, sed idem exprimentibus: *legatum*, inquit Justinianus, *est donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda.* His verbis *relicta a defuncto*, declaratur illud, quod supra dixi, legatum ita donationem esse; ut tamen defunctus nolit quicquam donatum, nisi post mortem suam. Id *defuncti* verbum significat, id significat etiam verbum *relinquendi*, quod solum ad ea pertinet, quæ post mortem nostram relinquimus, *L.* 1. §. *ult. de tabul. exhib.* Non dicit, *testamento relicta*; quoniam, ut dixi, satis est definire, quid sit legatum, etiamsi non adjiciatur, ubi legatum relinqui possit. Adjicitur, *ab herede præstanda.* Quæ verba quidam ascititia putant, et non satis legato convenire, argumento prioris definitionis moti, in qua hæc verba prætermissa sunt: sed non recte judicant, qui hæc verba repudianda existimant. Nam si repudiantur ut falsa, pessime repudiantur. Ut enim legatum olim non potuit relinqui, nisi testamento; ita non potuit relinqui, nisi ab herede: a legatario legari non potuit, *Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.*

Ut igitur in priori definitione recte additur *testamento*; quia non potuit legatum relinqui, nisi testamento; ita in posteriore additur, *ab herede præstanda*, quoniam non potuit legatum relinqui, nisi ab herede; et quoniam etiam simpliciter legatum relictum, ab herede præstandum fuit, ut perveniret ad legatarium. Nam certi juris est, legatarios non posse legata sua auctoritate occupare, sed voluntate heredis debere præstari. Quod si sua auctoritate occupaverint, constitutum est heredi interdictum, de legatis ita occupatis revocandis, *L.* 1. *quod legat.* ut nihil sit verius, quam legatum ita relinqui debuisse, ut præstaretur ab herede, et relictum debere præstari ab herede.

Quod † superiora verba repudiantur tanquam supervacanea, necesse est, ut eadem 10
ratione rejiciamus definitionem Florentini in L. *legatum, L.* 16. *de leg.* 1. Cujus definitio idem plane expressit, quod Justiniani continetur. Definitio hæc est: *legatum est*

delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. Significat donationem esse legatum, cum ait, *esse id, quod testator collatum velit.* Significat a defuncto relictum esse, cum ait, esse delibationem hereditatis, idest, id, quod delibatur, et deciditur ab hereditate. Nam hereditas viventis non est sed defuncti, L. 1. *de heredit. vel act. L. hereditas, de reg. jur. L. nihil aliud est, D. de verb. signific.* Significat ab herede esse præstandum, cum ait, *esse delibationem hereditatis ex eo, quod universum foret.* Non deciditur quicquam ab eo, quod universum heredis foret, nisi quod ab herede deciditur, et præstatur. Ergo quod relinquitur a legatario, vel fideicommissario, id non deciditur ab eo, quod heredis foret, sed ab eo, quod foret legatarii, aut fideicommissarii.

Non obstat, quod defunctus adhuc vivens legatum testamento relictum præstare potest, *L. Lucius, de legat.* 2. Nam in definitione Justiniani non dicitur, legatum esse donationem, quæ præstabitur ab herede, sed esse donationem ita relictam, ut præstanda sit; quia ab initio hoc animo relictum sit, ut ab herede præstetur, quod multis tamen modis contingere potest, ut ne præstetur, vel quia testator legatum adimat, vel quia res legata perierit, vel quia decesserit legatarius vivo testatore, vel quia conditio defecerit, sub qua legatum erat: neque eo minus verum est, legatum ab initio fuisse et constitisse. Nam in initio legati animum spectamus relinquentis, non eventum legati. Non obstat etiam, quod legata testamento relicta statim fiant legatarii sine opera et traditione heredis, postquam testator mortuus est, L. *a Titio, D. de furt.* Nam etsi revera dominium ad legatarium transeat; nihilominus tamen res ab herede legatario præstanda est, alioqui revocabitur legatum interdicto, quod bonorum ut supra dictum. Nihil igitur verius, quam legatum esse donationem a defuncto relictam, ab herede præstandam.

Sed cum definitio carere potuerit his verbis, an non hæc verba supervacanee addita videri possunt? Respon. Si necessitatem spectamus, non fuit necesse addere ad definitionem; nam et sine his intelligitur, quid sit legatum, etiamsi non intelligatur, ubi aut a quo præstandum sit. Sed si spectemus commoditatem explicationis, commode hæc verba adjecta sunt, ut intelligeremus non posse relinqui legatum, nisi ab herede, ut olim jus fuit. Et præterea, ut intelligeremus, in qua parte discernerentur legata a fideicommissis. Nam fideicommissa ab herede relinqui potuerunt, sed non fuit necesse; nam et possunt relinqui, a legatario et fideicommissario. Quid legatum differat a fideicommisso, infra dicetur, ubi de natura fideicommissorum tractabitur.

Ad L.

Ad L. Quanvis. 1.

Imp. Antoninus Pius A. Libertis Sextiliæ.

Quanvis verbis his, quoad cum Claudio Justo morati essetis, alimenta vobis et vestiarium legatum sit: tamen hanc fuisse defuncti cogitationem interpretor, ut et post mortem Justi Claudii eadem vobis præstari voluerit. Sine die et consule.

SUMMARIA.

1. *Species hujus legis primæ.*
2. *Conditio quibus casibus pro impleta habeatur.*
3. *Mortuo* Justo, *cum quo legatarii morari debebant ex conditione, exstiterit ne conditio, aut an pro impleta habenda sit.*
4. *Stichus liber esse jussus sub conditione, si heredi anno uno servierit, an si ægrotus servire nequierit, nihilominus liber futurus sit.*
5. *Servire qui intelligantur.*

1 Alimenta † libertis relicta sunt hac conditione, *si cum Justo Claudio morati essent*, non dubitatur, quin alimenta libertis præstanda sint, sive morati sint cum Justo, sive per Justum steterit, quo minus morarentur. Nam priore casu conditio impleta est: posteriore non est impleta, sed perinde habetur, quasi impleta esset; quoniam per eum stetit, quo minus impleretur, in cujus persona implenda fuit. Sed mortuo Justo quæritur, an eadem alimenta libertis præstanda sint? Non abs re quæritur: nam secundum verba et regulam juris, de conditionibus, quæ pro impletis habentur, alimenta non debentur. Observandum est enim alimenta esse relicta sub conditione, et eam conditionem in proposito non videri exstitisse: non enim potuerunt liberti morari cum Justo, ubi justus mortuus esset. Itaque hoc relinqui videtur, ut conditio non impleta tamen pro impleta habeatur, quod regulæ juris non ferunt. Nam
2 † conditio pro impleta habetur duobus tantum casibus. I. Si stet per eum, cujus interest conditionem non impleri, idest, per heredem, aut eum, qui legatum præstaturus est, L. *jure*, *de reg. jur.* Alter casus est, si per eum stet, in cujus persona conditio impleri debuit, ut si legatum relictum sit Titio, si decem Sempronio daret, si Sempronius arrogaret, et Titius interpellatus recusavit accipere, aut se adrogandum dare, legatum debebitur, quasi impleta conditione, L. 3. L. *si quis testamento, de cond. Instit.* d. L. 5. *quando dies leg. ced.*

At si per eum, in cujus persona conditio implenda est, non fiat, quo minus conditio impleatur, conditio deficit, nec legatum debebitur: veluti si is, in cujus persona conditio implenda fuit, ut in proposito Justus, decesserat. Exempli caussa. Legata sunt Titiæ decem, si Sempronio nupserit, aut instituta est heres eadem conditione: Sempronio mortuo, Titia conditione defuncta est, nec quicquam ei debetur, L. *cum ita datur*, 94. *de cond. et dem.* L. *legatum*, *de cond. insert.* L. 1. *sup. de Instit. et substit.* et tamen in specie proposita, ubi alimenta legata sunt, hæc conditio, *si legatarii morati sint cum Justo Claudio*, *filio*, *matre testatoris et similibus*, placet quanvis mortuo Claudio, item filio et matre, nihilominus alimenta deberi: quanvis verum sit, legatarios cum mortuo morari non posse, ut sic videantur deberi legata, quanvis deficiente conditione, *L. annua*, *de annuis legat. L. illis*, *de cond. et demonstr.*

Vulgo existimant id fieri in hac specie singulari favore legatariorum et alimentorum. Non recte: nam sive alimenta, sive quid aliud relinquatur sub conditione, spectari non debet quid relinquatur, aut cui, sed an conditio exstiterit. Quod enim sub conditione relinquitur, non debetur, nisi aut conditio exstiterit, aut habeatur pro impleta: Ita in proposito hoc solum quærendum est, an † mortuo 3

tuo Justo, cum quo legatarii morari debebant ex conditione, extiterit, nec ne conditio, aut an pro impleta habenda sit? Et frustra effectum est pro impleta haberi non debere. Dicendum est enim in omnibus iis conditionibus, quæ ex facto legatarii et alterius communiter pendent, mortuo eo, in cujus persona impleri debuit conditio, si per eum non steterit, quo minus impleretur, conditionem defecisse, nec legatum sub ea conditione relictum, deberi, *d. L.* 1. *sup. de Inst. et subst. L. legatum*, *infr. de cond. insert.* L. *in testamento* 3. *de cond. et demonstr.* Nec refert, utrum res aliæ legatæ sint, an alimenta, L. *Sejo*, *D. de an. leg.* Sed propriam et singularem rationem esse hujus conditionis, *si legatarii morati sint cum filio*, *matre*, *Justo Claudio*: ut mortuis iis, cum quibus legatarii morari debent, conditio exsistat, dummodo per legatarios non steterit, quo minus cum vivis morarentur.

Ratio sequitur in *d.* L. *illis*, *de cond. et demonstr.* quippe in hoc genere conditionum testator secundum verba exigit a legatariis, ut morentur cum iis, aut illis; re autem vera et secundum sententiam exigit tantum a legatariis obsequium commorandi. Vult enim eos commorari cum Julio Claudio et similibus, ut illi obsequium et observantiam eo facto exhibeant. Obsequium autem non est in facto commorandi, sed in propensione voluntatis, idest, obsequium ex hac conditione præstitit, qui cupiens morari aliquo casu impeditur, quo minus moretur: quod rursum innuit Paulus in ratione data in *d.* L. *illis.* Qua ratione efficit mortuo Justo, aut iis, cum quibus liberi morari debuerunt, conditionem non videri defecisse. Id evidentius significat explicatio *L.* 4. §. *Stichus si*
4 *hered. de statu liber.* ubi Stichus † jubetur esse liber, si heredi anno uno servierit; et placet, quanvis ægrotus per totum annum servire non potuerit, nihilominus liberum futurum hac conditione nominatim adjecta, quia servitium hic exigitur in servo.

Servire autem † etiam illi nobis intelliguntur, qui cupientes servire, per valetudinem impediuntur. Quo significatur servitium et obsequium omne esse in eo, ut cupiant servire et obsequi, etiamsi casu impediantur. Quod et juris est in alimentis legatis sub hac conditione, *si liberti cum justo Claudio*, *etc. morati sint.* Sed idem juris esse placuit, non aliter, si ita relictum, *quoad* liberti cum Justo Claudio morati sint. Quod hic rescriptum est, et refertur planius rescriptum in *L. Cajo*, §. *de alimen. et cib. leg.* 5

Potuit tamen hoc in hac specie posteriore secus videri, quasi hoc verbo, *quoad*, tempus præstitutum sit, ad quod usque deberentur alimenta, ut consequens sit, post id tempus non deberi. Sed non est ita: nam iis verbis, *quoad liberti morati sint*, significatur tempus, non quoadusque morentur, sed per quod morentur. Perinde est enim, quasi dictum esset, *libertis alimenta volo præstari*, *quamdiu*, *seu per omne id tempus*, *cum morati fuerint cum Justo Claudio*, *etc.* Nihil interest inter has conceptiones, *cum* morati fuerint, et *si* morati fuerint. Priori conceptione exprimitur tempus, sed per tempus incertum significatur conditio. Non enim erit tempus, cum liberti morentur, nisi si morentur. Posteriori conceptione exprimitur conditio, sed per conditionem exprimitur tempus; non enim exsistet, ut liberti morentur, nisi per aliquod tempus, quo morabuntur. Traditur hoc in L. *si Titia*, *D. quando dies leg. ced.* L. *quodcunque*, §. *pen. de verbor. oblig.* Et hoc est, quod dicitur, diem incertum in testamentis conditionem facere. L. *dies*, D. *de condit. et demonstr.*

Ad L.

Ad L. Quanvis. 2.

Impp. Severus et Anton. AA. Sabiniano.

Quanvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt: et quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emptore vel fideicommissoribus ejus petere poterit. PP. X. Kal. Sept. Laterano et Rufino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Heres an vendita hereditate nihilominus legatariis teneatur.*

QUæcunque legata testamento, aut codicillis relinquuntur, etiamsi non relinquantur nominatim ab herede vel scripto, vel legitimo, dummodo non relinquantur nominatim a legatario, aut fideicommissario, omnia ad onus hereditatis pertinent, et ab eo præstanda sunt, quod declaratur hic, cum dicitur, legatum esse ab herede præstandum, §. *legatum*, *Inst. eod.* Item esse delibationem hereditatis ex eo, quod universum heredis foret, L. *legatum*, *de legat.* 1. Hanc obligationem suscipit in se heres, cum hereditatem adit. Nam hoc facto intelligitur primo suscipere personam defuncti; deinde se obstringere in hoc, ut pareat voluntati defuncti; unde hereditatem adeundo dicitur contrahere cum legatariis et creditoribus hereditariis, §. *quoque*, *Inst. de obl. quæ ex quasi contract.* L. 3. *in fin. quibus ex caussis in posses. eat.* Hac obligatione suscepta non potest heres ullo suo facto se ea obligatione eximere. L. *si servum*, §. *nunc videamus*, *de verb. obl.* Quippe deteriorem conditionem alterius facere non potest, repugnante regula juris et natura, *L. solvendo*, *de negot. gestis.* Quod si ita est, consequens est, † quod hic dicitur, heredem, quanvis hereditatem vendiderit, nihilominus adhuc legatariis teneri; neque enim potuit se sua venditione ea obligatione, qua tenebatur, liberare. Sane omne lucrum et damnum hereditatis ad emptorem respicere debet, ut est in L. 2. §. *sicuti, de hered. vel act. vend.* Sed hoc ita est, ut debeat ad eum respicere secundum conventionem: hactenus tamen, dum conventio aliis non noceat. Ergo si heres vendidit hereditatem, et convenitur a legatariis, iis reddere cogitur et legata iis præstare; sed iis præstitis regressum habet ex vendito adversus emptorem hereditatis, ut hic dicitur, et plenius explicatur in L. 2. *sup. de hered. vel action. vend.* 1

Ad L.

Ad L. Qui post. 3.

Impp. Severus et Antoninus AA. Victorino.

Qui post testamentum factum prædia, quæ legavit, pignori, vel hypothecæ dedit, mutasse voluntatem circa lgatariorum personam non videtur. Et ideo etiam si in personam actio electa est: recte placuit ab herede prædia liberari. PP. VI. Kalend. Maji, Gentiano et Passo Coss.

SUMMARIA.

1. *Legatum relictum an a testatore revocari possit.*
2. *Legatum quomodo revocetur, an ut verbis, ita etiam factis et re ipsa, quomodo.*
3. *Res legata pignori data an nihilominus adhuc debeatur.*
4. *Heres, si fiat ei controversia hereditatis, an legatum solvere cogatur.*

1 Legatum † quanvis ab initio recte relictum nihilominus a testatore revocari potest, ut revocatum non magis debeatur, quam si omnino relictum non esset. Ambulatoria est enim voluntas testatoris usque ad ultimum vitæ spiritum, *L.* 4. *D. de adim. Legat.* Nec tantum testamentis, aut codicillis rite confectis revocari legatum potest, sed etiam nuda voluntate, usque adeo; ut si capitales inimicitiæ inter testatorem et legatarium, hoc ipso legatum non debeatur, ut tacita voluntate revocatum, L. 3. §. *ultim. de adim. legat.*

2 Revocatur † autem legatum non tantum verbis, et aperta voluntate, sed etiam rebus ipsis et factis. Verbis, ut si testator nominatim adimat legatum, aut in alium transferat: nam alii dando eandem rem, priori eam adimere intelligitur, *Instit. de adim. leg.* Re et facto, intelligitur iis modis, si rem legatam substulerit, veluti si ædes a se legatas dejecerit, *L. si legatum*, §. *ultim. de legat.* 1. Deinde si rem legatam transtulerit in aliam speciem, quæ ad priorem materiam reverti non possit, veluti, si legarit lanam certam, et ex ea postea vestem fecerit, L. *lana*, *de legat.* 3. Postremo, si rem legatam testamento alienaverit, L. *si ex toto*, 8. *in princ. de legat.* 1. In qua specie tamen adjicitur hæc conditio, si modo testator adimenti animo alienet, quæ conditio est in §. *si rem*, *Instit. de legat.* Hic autem animus declaratur hac distinctione, quæ ob id aliis locis exprimitur. Nam si testator rem alienavit sine necessitate rei familiaris, hoc ipso existimatur revocasse legatum, quasi adimere voluerit; et ideo, quia rem legatam postea alii donaverit, fecit, ut legatum amplius non debeatur, L. *rem legatam*, *D. de adim. legat.*

Quod si propter necessitatem rei familiaris alienaverit, non creditur adimere voluisse, nisi aperte probetur, dicta *L. rem legatam*, *L, fideicommissa.* 11. §. *si rem*, *de legat.* 3. Hinc consequens est, quod hic traditur, si testator † rem a se legatam postea pignori, vel hypothecæ dederit, nihilominus adhuc legatum deberi, quod idem traditur in *d.* §. *si rem*, *Instit. de legat.* Ratio ex superioribus distinctionibus: nam quisquis rem familiarem pignori obligat, vel ideo facit, ut pecuniam a creditore accipiat, qua indiget, vel ut cum prius pecuniam deberet, satisfaciat creditori suo, pignus dando, ne rerum suarum distractionem pateretur. 3

Desunt hic in Autographo Donelli tres paginæ integræ.

Legatum ab herede beberi diximus ad L. 2. *supr.* Ita id debetur, ut præstari debeat, quanvis heres controversiam heredis metuat. Sed etsi † controversiam heredis judicio patiatur, nihilominus legata præstare debet, ut hic rescriptum est. Veluti, cum exstitit aliquis, qui testamentum accusaret tanquam falsum, quæ species est hoc loco proposita. Sane hoc casu cum judicio agitur adversus heredem, et fit ei hereditatis controversia, non aliter cogitur solvere legata legatariis, quam si caveant 4

veant se legata restituturos, si hereditas heredi evincatur; quod hic quoque adjectum est. Idque fieri ajunt Imperatores secundum Jurisdictionis formam, idest, secundum quod in similibus controversiis jus dici solet, ubi vel hereditas, vel legatum petitur ab eo herede, cui alio judicio fit controversia hereditatis, L. *penult. D. de petit. hered.* L. *is a quo*, *D. de rei vindic.* Sed non exigitur hæc cautio a legatariis aliter, quam si fiat controversia hereditatis heredi.

Non obstat, quod interdum legatarii cavent heredi, se legata restituturos, quanvis nulla fiat controversia heredi de hereditate: quod fit, cum periculum est, ne sit locus Legi Falcidiæ, et legatarii plus capiant, quam per legem Falcidiam licet, L. 1. *si cui plus, quam per legem Falcid.* Nam hæc cautio in hoc casu solum recepta est. Idque est, quod Imperatores significant in extremis verbis hujus rescripti.

Ad L. Cum alienam. 10.

Imp. Alexander A. Ingenuæ.

Cum alienam rem quis reliquerit, siquidem sciens: tamen ex legato, quam ex fideicommisso ab eo qui legatum, seu fideicommissum meruit, peti potest. Quod si suam esse putavit: non aliter valet relictum, nisi proximæ personæ, vel uxori, vel alii tali personæ datum sit, cui legatum esset, et si scisset rem alienam esse. PP. V. Kal. Feb. Albino et Maximo Coss.

SUMMARIA.

1. *Res aliena an legari possit.*
2. *Res aliena legata an semper debeatur, sive testator alienam esse sciverit, sive non: et si debeatur, quid petendum sit ex hac caussa*, num. 3.

DE re aliena legata tria quæruntur: An res aliena legari possit, an legata debeatur, et si debeatur, quid petendum sit ex hac caussa. De primo jus certum est,
1 Non † solum rem propriam testatoris, sed etiam alienam legari posse, §. *non solum*, *Instit. de legat.* Non obstat, quod L. 12. tabul. fecit tantum mentionem et potestatem legandi de suo, *L. verbis legis*, *D. de verb. sign.* L. *testandi*, *sup. de testam.* Nam et qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur. Onerat enim heredem, ut rem redimat, et redemptam præstet; sic enim fit, ut eam rem possit præstare. Ideo placet, re aliena legata, heredem hanc redimere, et ita præstare debere, *d.* §. *non solum.*

Quid si dominus eam rem nolit vendere heredi? Hic prima fronte videbitur liberari heres; nam eam rem debet, quæ est in ejus potestate, neque esse potest invito domino: impossibilium autem nulla est obligatio, L. *impossibilium*, *de reg. jur.* Rursus non debet æstimationem, quia res, non æstimatio legata est. Sed placuit hoc casu, ubi dominus heredi rem non vendit, aut plus justo vendit, heredem æstimationem afferre debere, L. *non dubium*, §. *ult.* L. *qui quatuor*, §. *ult. D. de legat.* 3. Unde sumptum est, quod dicitur de eadem re in *d.* §. *non solum.* Non obstat, quod æstimatio legata non est; nam res legata est, quam idcirco heres præstare debet: si non præstat, nihil relinquitur, nisi ut pro re præstet æstimationem, ut accidit, quotiescunque rem debitam debitor non præstat, L. *in re furtiva*, *de condict. furti*, *in pr.* §. 1. Si quis dicat rem ipsam non deberi, quoniam impossibilium nulla obligatio.

Respondebimus, non esse impossibilem rei alienæ præstationem, quoniam etiamsi dominus voluntate sua non vendat; natura tamen res vendi potest, vel ab eodem domino mutata voluntate, vel ab alio, ad quem ea res pervenit. Non est impossibile impedimentum, nisi quod natura impossibile est, et solum id impedimentum obstat obligationi, quod est naturale, *L. continuus*, §. *illud*, *de verb. oblig.*

Quod secundum est, de eo ita constitutum hoc rescripto. Non semper † rem alie- 2
nam

nam legatam deberi, sed in eo hanc distinctionem esse; interesse, utrum quis rem alienam legans sciverit rem alienam esse, an vero suam esse putaverit. Si scivit rem alienam, debebitur ita, ut supra dixi. Quod si res tota aliena legata debetur; multo magis si in ea re legata pars solum erit aliena, ea pars debebitur, si testator alienam scivit. Obstat L. 5. §. *ult. de legat.* 1. ubi si testator fundum communem legavit, idest, ex parte suum, et ex parte alienum, placet solum ex hoc legato partem deberi, quæ fuit testatoris; partem alienam non deberi, quanvis testator alienam esse non ignoraverit. Respond. Ex verbis ejus loci apparet, id ideo responderi, quia testator fundum legando nominatim adjecit, *meum*, ut dicebat, *fundum Tusculanum meum do, lego.* Ex hac adjectione manifestum est, testatorem nihil amplius voluisse legare, quam id, quod suum erat. Idem responsum esse volumus ad *d. L. si domus*, §. *ult. de leg.* 1. ubi fundus erat proprietate municipum, jure autem erat vectigalis fundus testatoris; id quid sit, cognoscitur ex L. 1. *et* 2. *si ager. vectig.* Testator enim fundum legavit, et adjecit, *fundum illum meum vectigalem do, lego.* Quia adjecit *vectigalem*, placet nihil amplius deberi in eo fundo, quam jus vectigalis fundi: proprietatem autem de municipibus redimi non debere, ut ea præstetur legatario; quia scilicet hoc verbo, *vectigalis fundus*, declaravit testator, se nolle fundum legare, nisi quatenus esset vectigalis. Cæterum ubi simpliciter testator rem alienam legavit, quam sciat alienam esse, hæc legatario debebitur ex hoc loco, non solum, si tota res aliena erit, sed multo magis, si aliena erit tantum pro parte. Quod si testator putavit rem suam esse, quam pro sua possidebat bona fide, hæc non debebitur, et si forte præstita, evicta erit a legatario, legatarius de evictione agere non poterit, quia nec a principio res debebatur, ut hic scriptum est, *et in d.* §. *non solum.* Sed cur hoc loco res aliena legata non debetur, cum testator eam legare potuerit, et verbis legaverit? Respondeo: Ideo non debetur, quia testator legare noluit. Ad supremam enim voluntatem non sufficit scriptum, nisi etiam accedat voluntas testatoris, L. *quoties*, 9. *de hered. Inst.* Sed unde colligimus testatorem noluisse? Quod scriptum est in *d.* §. *non solum*, vers. *quod diximus*, ideo rem non deberi, quia fortasse, si testator scivisset esse alienam, non legasset: hæc ratio non est satis sufficiens, sed indiget alia ratione: dici enim potest statim: fortasse, etiamsi scivisset testator esse alienam, legasset; nam etiam hoc contingere potest, et in obscura voluntate testatoris prócliviores esse debemus pro legato, et plenius voluntatem interpretari, *L. in testamentis, de reg. jur.* Dicendum est igitur ideo testatorem videri legaturum non fuisse, si scivisset, quia erravit in dominio rei legatæ: non consentiunt autem qui errant, L. *si per errorem, D. de jurisd.* L. 2. *in pr. de judic.*

Huic parti opponitur L. *si domus*, §. *de evict. de legat.* 1. ubi his verbis definitum est: quoties res legata sine judicio præstita, evicta est, heres eam petere potest ex testamento. Dicitur, *quoties*, ex quo colligi videtur id dicendum esse, sive testator sciverit rem alienam esse, sive ignoraverit, ac deinde quia aliena erat, evicta est. Respond. id ex eo colligi nec debet, nec potest. Nam non quæritur eo loco an res legata evicta præstanda sit, sed si res legata evicta præstanda est; quando præstanda sit, et quando heres ob evictionem teneatur? Et respondetur, si heres ob evictionem rei legatæ tenetur, non alias tenetur, quam si eam rem præstiterit, sine judicio, idest, extra judicium, sententia judicis non coactus. Quod si ea res judicio petita sit; et heres sententia damnatus eam rem præstiterit: non tenebitur ob evictionem, si forte res postea legatario evicta sit: nisi heres caverit, se evictionem præstiturum: et ob hanc caussam inquit Africanus eo loco: cautio evictionis hoc casu necessaria est legatario. Hinc apparet hoc omne dici sub conditione, si res legata in ea caussa fuerit, ut ea evicta heres teneatur: quod interdum contingit, puta si servus exempli gratia generaliter legatus sit, non nominatim, L. *heres servum, D. de evict.* L. *si a substituto*, §. *ult. de leg.* 1. Idem juris est, si res aliena certa legata sit, quam testator sciverit alienam, heres autem, ut eam præstaret, redemit a possessore non domino, deinde a vero domino evicta est.

Rata igitur erit hæc sententia, cum quis legat rem alienam, quam suam putat, regulariter eam non deberi, quia deficit voluntas. Sed hoc sic accipiendum est: nisi verisimile sit, testatorem rem legaturum fuisse, etiam si alienam esse non ignorasset; quæ conjectura voluntatis in quibusdam caussis admissa est, alias ex re, quæ legatur, alias ex persona ejus, cujus res est, alias ex persona legatarii. Ex re, quæ legata est, cum libertas relinquitur servo alieno, quem testator suum putat. Nam si testator jubeat heredem hunc servum manumittere, tametsi videatur igno-

rans

rans reliquisse libertatem alienam, idest, potestatem manumittendi, quæ aliena est; nihilominus placet heredem debere servum redimere, et ita manumittere, idque favore libertatis, L. *Paulus respond. D. de fideic. libert.* Ex persona ejus, cujus res est, cum res heredis legata est. Quamvis enim testator eam rem suam esse putaverit, nihilominus ab eo legata debebitur, conjectura voluntatis ex persona ducta; quia heres eam rem præstare potest facile, quanvis non redimatur, L. *unum*, §. *si rem*, *de leg.* 2. Ex persona legatarii: cum aut persona juncta est sanguine, aut matrimonio, ut uxor; aut amicitia; aut cum alicui aliquid legatur propter merita, ut præceptori, procuratori, vel institori. Quod tamen dicitur, legatum deberi, ubi res aliena proximæ personæ legata est, quam testator suam putavit, tunc locum non habet, cum res legata est ab ea persona, quæ eodem modo conjuncta sit defuncto. Exempli gratia: pater filiis suis heredibus institutis, uni prædia quædam prælegavit, quæ sua esse existimavit; deinde evincuntur. Secundum exceptionem supra scriptam, et quæ hoc loco traditur, dici debuit, filium petere posse hæc prædia a fratribus coheredibus, pro portionibus eorum hereditariis; quia etsi pater putaverit sua esse, quæ erant aliena, tamen proximæ personæ legata sunt, et secundum eam exceptionem debentur, non secus, quam si pater scivisset rem esse alienam. Et tamen placuit in hac specie filio evictis prædiis actionem non esse, L. *cum pater*, §. *evictis*, *de legat.* 2. Ratio responsi hæc est: qui si hæc prædia peti possunt, necesse est ea peti a fratribus coheredibus, quæ sunt personæ defuncto eodem modo conjunctæ, ut is filius, cui prædia legata sunt: si testator filio legatario consultum voluit fratribus quoque consultum voluit, ut liberarentur: ubi par omnium caussa est, procliviores debemus esse ad liberandum, L. *Arrianus*, *de obl. et act.* L. *favorabiliores*, *de reg. jur.* Et ideo dicemus idem, si filio herede instituto testator prædium alienum, quod suum putabat, legaverit alicui cognato suo, vel intimo amico, nempe prædio evicto legatum non deberi; quia ut conjuncta persona est, cui legatur, et conjuncta est, a qua legatur. In pari autem caussa potior debet esse caussa debitoris, L. *si servum*, §. *sequitur*, *de oblig. et act.*

Quod ad petitionem † attinet rei alienæ legatæ, declaratur hoc rescripto: quoties res aliena legata debetur, hanc ex testamento peti posse. Idem declaratur in L. *si domus*, §. *de evictione*, *de legat.* 1. Et merito hæc res petitur, quanvis non sit in potestate heredis; hæc enim sola debetur, non ejus rei æstimatio: res enim, non æstimatio legata est. Actio autem est jus persequendi judicio, quod nobis debetur, §. 1. *Inst. de act.* L. *nihil aliud*, *de obl. et act.* Itaque receptum est, quod vulgo placet in hac specie petitionem ita concipi debere, ut legatarius rem petat sibi dari, aut rei æstimationem. Non enim potest peti, quod sibi non debetur: non debetur æstimatio, quæ legata non est. Nec ad rem pertinet, quod heres æstimationem præstare potest et debet, si rem non redimat: nam æstimationem præstat officio judicis, non ut debitum, nempe æstimationem pro re debita, ut expressum est in *L. qui quatuor*, 30. §. *ult. de legat.* 3. 3

Ad L.

Ad L. Filia. 11.

Imp. Alexander A. Albiniano.

Filia legatorum non habet actionem, si ea, quæ ei in testamento reliquit vivus pater, postea in dotem dederit. PP. V. Non. Mart. Pompejano et Peligno Coss.

SUMMARIUM.

1. *Legatum an exstinguatur, si ea, quæ in testamento pater vivus reliquit, postea filiæ in dotem dederit.*

SI testator rem a se legatam vivus legatario dederit, legatum extinguitur, veluti solutione, sive speciem ipsam præstiterit quam legavit, sive dederit tantundem, cum pecuniam legasset, aut dederit hujus rei pretium. Hæc sententia et ad extraneos pertinet, quibus quid legatum est, de quibus in *L. Lucius*, *D. de legat.* 1. Sed etiam
1 † ad filiam, cui dos legata est, ut hic rescriptum est, tametsi et persona filiæ et legatum dotis singularem favorem mereri videbantur. Ratio est; quia solutione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio, *Inst. quib. mod. toll. obl.* In hac autem specie etsi vera solutio non sit; quoniam non est solutio, nisi rei debitæ, non debetur legatum, nisi mortuo testatore: tamen destinatione animi testatoris res ab eo legata, itidem ab eo quodam modo debetur, quia vult eam præstare: et cum eam præstat, eo facit, ut ea velut obligatione liberetur.

Ad L. Cum responso. 12.

Imp. Gordianus A. Mutiano.

Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, præceptionis legatum, et amissa parte hereditatis vindicari posse declaretur. Intelligis desiderio tuo juxta juris formam esse consultum. Verba vero responsi hæc sunt: filiæ mater prædium ita legavit: *Præcipito, sumito extra partem hereditatis.* Cum hereditati matris filia renuntiasset: nihilominus eam recte legatum vindicare visum est. PP. Constitutio V. Idus Jul. Sabino II. et Venusto Coss.

SUMMARIA.

1. *Duobus heredibus institutis, si uni aliquid ex his prælegetur, tota res prælegata ad legatarium pertinet, sive hereditatem adierit, sive omiserit.*
2. *Heres qui noluit adire, cur non videatur impugnare judicium defuncti.*
3. *Heredi hereditatem omittenti an legatum debeatur.*

QUoties duobus heredibus institutis, uni
1 † ex his aliquid prælegatur, placet totam rem prælegatam ad legatarium pertinere, non tantum si hereditatem adierit, de quo nulla dubitatio est, sed etiam si hereditatem omiserit: quisquis is erit heres, sive extraneus, sive filius, ut hic cautum est, *L. qui filiabus* 17. §. *ult. L. filio*, 87. *et seqq. de legat.* 1. Sed huic heredi hereditatem omittenti quædam obstant. Ac primum videtur a toto legato removeri debere, quia judicium defuncti impugnavit: qui judicium defuncti impugnat, idest, qui contra facit, quam testator jussit, is legatum testamento relictum amittit, *L. post*

post legatum, *in pr. et* §. *omittere*, *D. de his*, *quibus ut indign.* Heres autem jussus heres esse, judicium defuncti impugnat, cum hereditatem omittit; quia facit contra quam testator jusserit. Proinde etiam legato sibi relicto carebit. Hanc objectionem sensit Papinianus et diluit in *d. L. filio*, 87. *de legat.* 1. Diluit autem hoc modo; quia non videatur impugnare judicium defuncti, qui justis rationibus noluit hereditariis oneribus implicari.

Sed amplius † quæro, cur qui hoc no-
2 luit, non videatur impugnare judicium defuncti, cum sive justis rationibus, sive nulla ratione hereditatem omittat, semper faciat contra, quam facere jussus est. Respondeo, non video heredem hereditatem omittentem facere contra judicium defuncti, si idcirco omittat, ne implicetur oneribus hereditariis, id quod Papin. sensit. Non obstat, quod is jussus est heres esse. Nam jussus est pro commodo suo, si ei expediret, dummodo defunctus alius heres exstitisset, proinde nihil adversus hoc judicium facit, qui non putat sibi expedire adire hereditatem. Ita prior objectio remota, qua effici videbatur heredem in proposito omittentem hereditatem etiam relictum sibi legatum amittere. Sed superest altera. Nam si a toto legato non removetur, at saltem videtur removeri a parte, quæ ab ipso relicta erat. Nam legatum testamento simpliciter relictum debetur ab omnibus heredibus pro portionibus hereditariis. Proinde cum in specie proposita proponantur duo heredes instituti, et uni prædium esset prælegatum: intelligitur hoc prædium partim a coherede relictum esse, partim ab eo ipso herede, cui prædium relictum est; ergo partem prædii a coherede recte capiet is, qui hereditatem omittit. Sed alteram partem, quæ ab ipso relicta erat, non videtur posse capere: nam aut ei debebitur ea pars jure hereditario, aut debebitur jure legati. Jure hereditario ei deberi non potest, quia non est heres: omisit enim hereditatem: Rursum jure legati non videtur ei deberi posse, prohibente regula juris, qua efficitur, heredi a seipso legari non posse, *L. legatum*, 116. §. 1. *de legat.* 1. Respondeo: In proposito non videtur pars heredi omittenti hereditatem, legari ut heredi, quoniam heres non est; multoque minus legari ei a seipso, cum non sit heres, nec quisquam obligetur legatis, nisi heres.

Hic occurritur. Nam etsi nunc heres non sit, cum hereditatem omittit; tamen ab initio, cum ei legatum est, heres scriptus erat, et ei ut heredi prædium legatum est; proinde ab initio non constitit ex parte ejus legatum; quare etiamsi postea heres non existat; tamen legatum pro ea parte non convalescit, ex regula juris, quod ab initio non valet, tractu temporis nequit convalescere, *L.* 1. *D. de regul. Caton. L. quod ab initio*, *de reg. jur.* Respondeo, verum est, partem hujus prædii legatam esse ab herede, et legatam ut heredi, sed sub conditione, si heres exsisteret; quod si heres non esset, legatum est ei predium ut L. Titio, et ideo ut L. Titio debebitur, quanvis non heredi. Non obstat regula Caton. quoniam hæc regula ad legata et institutiones conditionales non pertinet, ut dicitur in *L. sequent.* Sed quod dicimus, heredi hereditatem omittenti † legatum eo te- 3
stamento relictum nihilominus deberi, sic accipiendum est: nisi hac conditione legatum sit, *si heres esset*, aut nisi apparet ex testamento, testatorem voluisse, eum ita legatum consequi, si heres esset, *L. sed non alias*, 88. *de legat.* 1. Exemplum est in L. *ult.* §. *ult. de dol. mal. except.*

Obiter insignis locus notandus est, quo demonstratur jam olim etiam ante tempora Gordiani, hanc auctoritatem tributam esse responsis eorum, qui in numero Jureconsultorum publice haberentur, ut pro jure certo obtinerent. Id declaratur hoc rescripto, cum Gordianus responsum Papiniani sequitur pro jure explorato, idque facere dicit secundum jurisdictionis formam. Id pertinet ad interpretationem §. *responsa*, *Inst. de jur. nat. gent. et civil.* vide *C. Th. lib.* 1. *tit.* 4. *L.* 1.

Ad L.

Ad L. Proprias. 13.

Imp. Dioclet. et Maximian. AA. Severæ.

Proprias tuas res legari, vel fideicommitti tibi non potuisse certum est, PP. XV. Kalend. Maji. Maximo II. et Aquilino Coss.

SUMMARIA

1. *An res propria legatarii eidem legari possit.*
2. *Res propria quæ.*
3. *Res, quæ initio legatarii erat, si postea abalienata sit, an debeatur.*

1 RES legatarii † propria inutiliter ei relinquitur; quoniam amplius res ejus fieri non potest; quo fit, ut legatum legatario sit inutile et proinde nullum, §. *sed si*
2 *rem legatarii, Instit. eod.* Rem propriam † sic accipere debemus, quæ omni ex parte propria est legatarii. Quod si in ea re, cujus proprietas est legatarii, testator aliquod jus habeat, velut jus vectigalis prædii, velut superficiem in solo legatarii, aut usumfructum in re legatarii: hanc rem utiliter legabit testator; quoniam hactenus legatum utile est, ut ei præstetur, quod fuit alienum. Exempla sunt in *L. si domus*: §. *ult.* L. *si tibi*, §. *ult. de legat.* 1. *L.* 3. §. *ult. de legat.* 3. Et hoc jus de re propria legatarii certum est, si legatæ rei proprietas adhuc
3 erit legatarii. At † qui si res, quæ initio legatarii erat, postea abalienata sit, an non debebitur? Videtur deberi impedimento sublato, quod prius legato obstabat. Respondeo: Hic distinguitur: Distinctio extat in L. *cætera*, *de legat.* 1. Nam si pure res legatarii ei legata est, nunquam debebitur, etiamsi postea ejus esse desierit, quanvis vivo adhuc testatore.

Efficitur id regula Catoniana; quæ ita se habet: Quod, si testator statim decessisset, non valuit, id quandocunque decesserit, non valebit, L. 1. *de reg. Cat.* quæ regula aliis verbis expressa est, cum ita definitur; Quod ab initio non valuit, tractu temporis convalescere non potest, *L. quod ab initio*, *de reg. jur.* Posuimus autem rem propriam legatarii ab initio inutiliter ei legari, si testator statim decederet. Proinde quanvis mutata sit postea rei conditio, quandocunque testator decesserit, legatum non valebit. Quod si res legatarii legata ei sit sub conditione, et exsistente conditione res ejus esse desierit: legatum valebit, *d.* L. *cætera*, §. 1. Ratio differentiæ hæc est; quoniam, ut alia regula comprehensum est a veteribus, regula Catoniana ad legata conditionalia et conditionales institutiones non pertinet. *L. pen. de reg. Caton.* Exemplum de legatis exstat in *d. L. cætera*, §. 1. Cur autem ad conditionalia non pertinet hæc regula, exponitur in L. 1. *de reg. Caton.* Cujus hæc sententia et ratio est, quod regula Catoniana recepta est de eo, quod non valet ab initio; at legatum conditionale, in quo res legatarii ei relinquitur, non tam ab initio non valet, seu vitiosum est, quam nullum est; quoniam quod sub conditione datur, pendente conditione non datur, L. *cætera*, *de verb. sig.* Quod si re aliena sub quavis conditione legata domino, legatum debetur, si exsistente conditione res legatarii esse desinat; multo magis debebitur, si res ei sua legata sit nominatim sub hac conditione, si vivus eam alienasset, quod est exemplum dictæ *L.* 1. *in fin. de reg. Caton.*

Ad L. Monumenta. 14

Iidem AA. Tatiano.

Monumenta quidem legari non posse manifestum est: jus autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur. PP. II. Kalend. Septemb. Maximo. II. et Aquilino Coss.

SUMMARIA.

1. *Monumenta quæ hic dicantur.*
2. *Monumenta cur non possint legari.*
3. *Jus mortuum inferendi in sepulcrum potest legari. Quid hodie apud Christianos.*

RES, quæ in heredum commerciis, seu bonis non sunt, non possunt legari: contra res privatæ omnes legari possunt tam propriæ, quam alienæ, L. *cum servus.*, §. *ult. de legat.* 1. Ad hanc definitionem referri debet species hujus rescripti. Monumenta
1 legari non possunt, ubi monumenta † specialiter dicuntur, non monumenta quævis, sed monumenta, in quæ mortuus illatus est, id est, uno verbo sepulcra, ut in L. *si se-*
2 *pulcrum*, *sup. de relig.* Hæc ideo † legari non possunt; quia sunt religiosa, §. *religiosum*, *Inst. de rer. div.* Res autem factæ religiosæ existimantur esse divini juris, ac proinde nullius in bonis, L. 1. *de rerum divis.* At contra jus † mortuum inferendi in se- 3
pulcrum legari potest; quoniam hoc jus privatum est, unde et de eo privatæ actiones competunt, *L.* 1. *et tot. tit. de mort. infer.* Hoc autem dictum est ex more Romanorum, apud quos sepulcra erant privata, et jure Romanorum unusquisque locum religiosum facit mortuum inferendo in suum locum, *d.* §. *religiosum.* Apud Christianos sepulcra non sunt, nisi in cœmeteriis, quæ sunt in publica. Proinde et jus mortui inferendi in cœmeterium, publicum est; quapropter nihil horum hodie legari potest.

Ad L. Si universæ. 15.

Iidem AA. Terentio et aliis.

Si universæ facultates, quas pater vester reliquit, debito fiscali, aut privato obsumantur, nihil ex his, quæ testamento ejus adscripta sunt, valere potest. Quod si deducto debito in relictis bonis superfluum est; libertates impediri juris ratio non permittit. Quinetiam legata, nec non fideicommissa salva lege Falcidia præstanda sunt. PP. III. Kalend. Octob. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Heres quibus modis creditoribus hereditariis, et quibus legatariis ad legata præstanda obligetur.*
2. *Heres cur aliter legatariis, aliter creditoribus obligetur.*

1 HEres obligatur † creditoribus hereditariis, L. *ult. sup. de hered. act.* Idem obligatur et legatariis ad legata præstanda, de quo *L.* 2. *sup.* Sed obligatur ex iis caussis longe dissimiliter. Nam creditoribus hereditatis tenetur in solidum, etiamsi hereditas solvendo non

non sit, L. *more*, *de acquir. hered.* nisi inventarium fecerit secundum formam a Justiniano constitutam; quo casu tenetur in solidum, quatenus facultates ferunt, L. *ult.* §. *etsi præfatam*, *et* §. *sin vero postquam*, *supr. de jur. delib.* At sic non tenetur heres legatariis, ut hic: nam ultra vires patrimonii non debentur legata, ut *h. t. in princ.* *et* in L. 1. §. *si is*, *qui D. ad Trebell.* Et bona, seu proprium cujusque intelligitur deducto ære alieno, *L. subsignatio*, §. *bona*, *de verb. sign.* Proinde cum de legatis præstandis agetur, ante omnia deducendum est, quod creditoribus debetur: quo deducto si nihil superest, nihil legato aut fideicommisso debetur, ut idem apertius positum *in princ. h. t.* Id autem efficitur lege 12. Tabularum qua fit potestas cuique legandi, sed de re et bonis suis, *L. verbis legis*, *D. de verb. signif. L. testandi*, *sup. de testament.* Non legat autem de bonis suis, qui supra vires suorum bonorum legat, ac proinde inutiliter legat.

Quod si deducto ære alieno aliquid superest; tamen ex lege Falcidia non licet legare ultra dodrantem patrimonii, quod patrimonium lex vult æstimari, non tantum deducto ære alieno, sed etiam deductis pretiis servorum testamento manumissorum, §. *ult. Inst. ad legem Falcid. leg.* 1. *D. ad leg. Falcid.* Proinde si deducto ære alieno aliquid in bonis superest, videndum est, an aliqui servi sint testamento manumissi, hi ante omnia libertatem salvam consequuntur. Et rursum eorum pretia de eo, quod supererat, deducuntur. Iis omnibus deductis, si quid adhuc superest, de eo legata præstabuntur, ad hunc modum: ut tres partes dentur legatariis, quarta apud heredem maneat. Hoc enim lex Falcidia exigit, et hoc modo fiet, ut legata præstentur salva lege Falcidia, ut hic in extremo scriptum est. Sed cur † heres 2
aliter obligatur creditoribus, aliter legatariis? Quia creditoribus solidum debetur ex LL. Heres autem in jus omne defuncti succedit: at legata relicta non statim ipso jure valent, sed in modum lege constitutum. Hic modus lege Falcidia constitutus est.

Ad L. Creditor. 16.

Iidem AA. et CC. Syllæ

Creditor si a debitore suo rem, quam pignoris nomine susceperat, legatam, sibi contendit, etiam debito ab heredibus ejus oblato, quo minus restituat, defendi potest. S. XVIII. Kalend. Febr. Sirmii CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pignus creditori legatum ab eo repeti non potest, atque ita ipse pignoratitia actione liberatur, quanvis heredes defuncti pecuniam debitam ei offerant.*
2. *An e converso debitor, sive heres ejus actione in personam, qua creditori tenebatur, liberetur, num.* 2.

Creditor; qui a debitore pignus accepit, eodem tempore et actionem adversus debitorem habet, et ipse debitori actione tenetur. Actionem habet adversus eum de pecunia credita. Debitori tenetur actione pignoratitia de pignore restituendo, cum pecunia ei a debitore soluta erit, aut eo nomine ei satisfactum, §. *ult. Instit. quibus mod. re contrah. oblig.* L. *si rem*, §. *omnis*, *D. de pignorat. act.* Si debitor hoc pignus leget creditori suo, duo quæsita sunt de iis actionibus, quas supra dixi. Ac primo quæritur, an heredes defuncti debitoris, qui et ipsi in actione pignoratitia succedunt, possint oblata pecunia creditori, rem illi pignori obligatam repetere, quemadmodum ab initio defunctus potuisset? De hac quæstione hic rescriptum
est: pignus † creditori legatum ab eo repeti 1
non posse, quantunvis heredes defuncti pecuniam debitam ei offerant. Hic opponitur jus publicum de pignoratitia actione, de quo supra dictum Imperatores significant, postquam pignus creditori legatum est, eadem opera et dominium rei legatæ in eum translatum esse, et pignoratitia actione de pignore esse liberatum.

Sed quomodo dici potest esse liberatus pignoratitia actione, cum testator de ea libera-

ratione nihil caverit? Respondeo, hæc liberatio necessaria consequentia efficitur: nam regula juris est. Pignus rei nostræ non consistere, idest, rem nostram nobis pignori esse non posse, *L. neque pignus*, *de reg. jur.* Huic regulæ consequens est, si creditor rei pignori datæ dominus esse cœperit, continuo pignus extingui, ac proinde eum pignoratitia actione de pignore liberari. Incipit autem esse dominus, cum pignus ei legatum est; nam rei legatæ dominium in legatarium transit, etiam ipso jure, *L. legatum*, *de legat.* 2. *L. a Titio*, *de furt.*

Secundo loco quæsitum est, an quemadmodum ex hoc legato creditor liberator actione pignoratitia, qua prius tenebatur; an item e converso † liberetur debitor heresve ejus 2
actione in personam, qua creditori tenebatur, ut deinceps ambo invicem liberi discedant, et creditor et debitor? Et placuit solum creditorem pignoratitia actione liberari. Debetur autem ei non minus pecunia de re, quam ante, *L. creditorem*, *de legat.* 2. Differentiæ ratio est in promptu; quia legatum pignoris non potest consistere, cum statim pignus perimatur. At nihil prohibet, quo minus in ejusdem creditoris persona concurrat, ut et dominus sit pignoris, et ei pecunia a veteri debitore debeatur, quoniam pecunia sine pignore deberi potest.

Ad L. Datum. 17.

Idem AA. et CC. Eutychiano.

Datum legatum adimi tam pure, quam sub conditione, non libertis tantum, sed etiam ingenuis placuit. Dat. III. Non. Martii CC. Coss.

SUMMARIA.

POtestas adimendi legati hic constituitur, de qua parte dictum est *ad* L. 3. *supra.* Utrum autem ademptum legatum non debeatur ipso jure, an vero per exceptionem, recte in glossa exponitur.

* * *

Ad L. Ex legato. 18.

Idem A. et CC. Justino.

Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest: utilibus autem suo nomine experietur. Dat. VI. Idus decemb. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Nomen dicitur id, quod est in actione, seu id, quodcunque debetur quavis actione.*
2. *Ex legato nominis* 100. *aureorum quid consequatur legatarius, et an possit eos a* L. *Titio petere condictione incerti, ut potuisset defunctus.*
3. *Mandare actionem quid.*
4. *Procurator quis.*

TEstator 100. aureos mutuo dederat L. Titio, qui proinde ei debentur, et peti possunt certi condictione in eam rem constituta, *Inst. quib. mod. re contrahatur obl. in pr.* Hoc nomen testamento legavit. Nomen
1 † dicitur id, quod est in actione, seu id,
quodcunque debetur, quavis actione, L. *qui chirographum*, *in fin. de legat.* 3. Itaque ex hoc legato solum actiones defuncti legatæ intelliguntur, L. *si sic legatum*, §. *fin. de legat.* 1. Quæsitum est, † ex hoc legato quid 2
consequatur legatarius, et an possit 100. aureos

reos a L. Titio petere condictione certi, itidem ut potuisset defunctus? Respondeo: legatarium directas actiones habere non potuisse, nisi ei mandatæ sint ab heredibus: cæterum utiles eum habere suo nomine, quanvis nullis datis actionibus.

Directa actio cum utili opponitur, dicitur actio, quæ ex verbis legis competit, non tamen ex sententia. Utilis, quæ deficientibus verbis legis, datur ex sententia legis, propter utilitatem, §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* ubi exemplis accomodatis hoc jus explicatur. Directa sic dicta, quia verba legis de ea actione diriguntur ad eum, cui hæc actio competit, et in quem competit. Utilis autem dicitur vel ideo, quia etiam sine verbis, tamen utilis est ad acquirendum, ut quibusdam placet; vel quod verius est, quia cessantibus verbis legis tamen constituitur propter utilitatem et æquitatem eandem, quod significatur in L. *quia actiones, D. de praescr. verb.* ubi dicitur actionem in factum suppleri a prætore ex lege Aquilia, idque ideo, quod utilitas legis id exigit. Ab utilitate utilem dici constat, et quæ illic dicuntur in factum, hæ ipsæ sunt, quæ dicuntur utiles, *dict.* §. *ult. Inst. ad leg. Aquil.* ut intelligitur *ex L. boves, D. ad* Leg. *Aquil.* ubi in exemplo ejus loci actio in factum datur, quæ in eodem exemplo dicitur utilis *in d.* §. *ult.*

In contractibus, seu testamentis exemplum propositum est: actio ex verbis juris, idest directa competit ei qui contraxit adversus eum, cum quo contractum est, idest adversus eum, qui ex contractu obligatus est, §. 1. *Inst. de obl.* juncto §. *sed istæ, eod. tit.* L. *actionum, de obl. et act.* Proinde in specie proposita, ubi pecunia mutuo data est, directa actio competit creditori; atqui si actio competit, competit ejus pecuniæ repetendæ caussa, unde eam utilem esse necesse est. Secundum hoc in proposito recte dicitur, cum testator nomen alicui legavit, legatarium directam actionem habere non posse; hæ enim creditoribus dantur: legatarius creditor non est, nec legatum nominis potest efficere, ut videatur pecuniam credidisse is qui revera non credidit. Id adeo verum est, ut quanvis heredes testatoris ejusdemque creditores, actiones suas mandaverint legatario, tamen legatarius directam actionem habere non possit suo nomine: semper enim verum est, legatarium creditorem non esse; sed tamen, ut hic dicitur si ei mandatæ sint, eas habere potest, nempe nomine heredum, non suo, et ex persona heredum, non sua; quod intelligemus, si sciverimus, quid sit mandare actiones.

Mandare actionem, † eodem modo dicitur, 3 quo mandare administrationem alicujus negotii. Ut igitur mandare administrationem, est negotium alicui gerendum nostro nomine mandare, sic mandare actionem, est actionem nobis competentem, idest directam committere alicui exercendam in judicio nostro nomine. Et quod apertius dictum est a veteribus aliis verbis, mandare actionem alicui, est eum procuratorem in rem suam facere ad petendum, quod nobis debetur, ex persona nostra et nostro nomine, quod intelligitur ex *L. ex nominis, supr. de hered. vel act. vend.* ubi dicitur emptor actionis habere utilem actionem, etiamsi procurator factus non sit in rem suam: quibus verbis exprimitur hæc sententia, etiamsi ei mandatæ non sint actiones: quibus verbis utitur L. *emptor, eod. tit.* Is cui mandantur directe actiones, dicitur procurator duabus de caussis. Primo, quoniam mandato creditorum actionem exercet. Est † autem procurator is, qui 4 mandato domini negotia administrat, L. 1. *de procur.* Deinde, quod exercet actionem nomine mandantis. Unde procurator in rem suam numeratur inter eos, qui actionem sibi alieno nomine dari postulant, L. *servus,* §. *ult. de procurat.* Sed idem dicitur procurator in rem suam quia hæ actiones ei mandantur, ut exerceantur ad utilitatem et commodum ejus, ut et commodum et incommodum judicii ad eum pertineat, L. *qui stipendia, supr. de proc.* Unde subtilitate juris procurator est effectu et reipsa dominus actionis, eventu scilicet inspecto. Quam ob caussam is, cui mandatæ sunt actiones, sive qui in rem suam procurator factus est, præfertur domino, idest, vero creditori in ea lite, nec ab eo mandatum revocari potest, ut a cæteris procuratoribus, *L. procuratore in rem suam dato, D. de procurat.* Hæc de directis actionibus.

Quod ad actiones utiles, attinet, expressum est hoc rescripto etiam, nullo modo mandatis actionibus directis, tamen legatarium habere actionem adversus debitorem testatoris, non minus, quam si ipse pecuniam credidisset, sed habere non ex verbis legis, verum ex mente et sententia legis propter utilitatem et æquitatem rei. Æquitas hæc est; quia si alias res corporales testator legasset, statim dominium in legatarium transiret, L. *legatum, de legat.* 2. Par igitur et æquum est, idem de actionibus legatarii statui. Etsi enim natura actio nihil est: non enim

nim est res corporalis, quæ subsistat; tamen juris intellectu res est, et subsistit, numeraturque in bonis. Et generaliter jure communi receptum est, quotiescunque verus creditor voluit actionem suam in aliquem transferre, interposita ea caussa, ex qua cæteræ res corporales transferri et acquiri solent, toties in eum, cui creditor actionem translatam voluit, actionem utilem transire, sine alia cessione, et sine alio mandato, quam is suo nomine exerceat, veluti si creditor actionem suam vendat, si dedit creditori in solutum, si dedit in dotem, si donet, si leget. Exempla exstant multis in locis. *L. emptor, et L. ex nominis.* supr. *de hered. vel actio. vend.* L. *ult.* supr. *quando fiscus, vel privat. sup. L. 2. supr. de oblig. et act.* L. 1. infra *de donat. et hac L. ex legato.*

Hinc oritur dubitatio, si ei cui nomen, seu actio legata est, competat actio utilis suo nomine, etiam non mandatis directis actionibus, quid opus est quaerere de actionibus directis, et exspectare, donec illæ mandentur ab heredibus, cum traditum sit in *L. actio, antepen. D. de neg. gest.* directam et utilem actionem esse ejusdem potestatis, et eundem effectum habere? Respondeo: Utilis actio eundem effectum habet, si actio sola spectatur: si spectetur sola persona agentis, inter directam et utilem multum interest. Is, cui actio legata, aut vendita est, directam actionem sibi mandatam exercere potest, sed non exercet, nisi ex persona mandantis, *L. ex nominis, supr. de hered. vel act. vend.* L. *ult. supr. quando fiscus, vel privat.* At utilem actionem exercet tantum suo nomine, non alieno; hinc fit, ut qui directam actionem exercet, quoniam exercet ex persona creditorum, simul etiam creditorum jure in ea actione utatur, L. *emptor, de hered. vel act. vend.* Qui autem exercet utiles actiones, quoniam suo nomine agit, etiam suo jure uti tantum debet, vel potius jure communi actionis, nec ullo proprio privilegio creditoris utitur. In qua differentia magnum commodum versatur directarum actionum, si quis proponat creditorem esse privilegiatum, et actionem datam privilegiariam, puta, actionem tutelæ mandatam esse ab eo, qui olim pupillus fuit, adversus tutores suos.

Ad L. Non tantum. 19.

Idem AA. Eutychiano.

Non tantum duorum mensium, sed et minoris temporis maritus uxoris testamento scriptus succedit: nec legata, vel fideicommissa, seu donationes temporis hujus angustia capi prohibet. Datum V. Idus Decemb. Nicomediæ. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Donationes inter vivos in maritum collatæ, morte uxoris confirmantur.*
2. *Uxor an marito legare possit.*

UXor marito inter vivos donare non potest: testamento donare, et eum heredem instituere potest: et generaliter quidvis donare potest post mortem suam adeo ut
1 donationes † inter vivos, in maritum collatæ moriente uxore confirmentur, si revocatæ non sint, *L. cum hic status, de don. inter vir. et ux.* Uxor marito legare potest, et † ita legatum consistit, quanvis matrimonium cum marito vel 2
una die steterit, ut hic scriptum est: et merito: nam etiam ignoto et extraneo cuivis relinqui potest, §. *ult. Inst. de hered. inst.* multo magis noto et conjuncto, ut maritus est: quanvis hæc conjunctio non fuerat duratura.

Ad L.

Ad L. Uxor. 20.

Impp. Constantinus, Constantius et Constans. AAA. ad populum.

Uxor patrui tui, si testata decesserit, res tuas, tantum usumfructum earum habens, legare non potuit. Dat. VIII. Cal. Jan. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *An quæ usumfructum habet rerum, eas legare possit Titio. Et an legatum rei alienæ valeat.*

1 EA † quæ in quibusdam rebus usumfructum tantum habebat, eas res legavit Titio. Hic scriptum est, eam eas res legare non potuisse, quod manifeste falsum esse videtur. Nam certi juris est: unumquemque non tantum res proprias legare posse, aut res heredis, sed etiam alienas, *L. cum servus*, alias, *apud Julianum* §. *ult. de legat.* 1. *L. cum aliena*, *infr. eod.* Ad solutionem hujus objectionis nihil pertinet, quod vulgo respondetur: Cum scilicet testatrix legavit eas res, in quibus tantum usumfructum habebat, non videri proprias legasse, sed tantum usumfructum; quia voluerit legare id solum, quod habebat. Primo, quia si quis rem alienam legavit, tota res debetur, etiamsi testator in ea re aliquid sui habeat, nisi testator adjecerit meum: ut videlicet diceret, fundum meum Tusculanum do, lego. Nam hac adjectione declarat, se nihil legare velle, quam quod suum est, L. 5. §. *ult. de legat.* 1. Deinde etiamsi re aliena legata non intelligatur testator amplius legare, quam id; quod suum est; non tamen ideo efficitur eum legare non potuisse id, quod alienum est, potuit enim, si voluisset, et id aperte declarasset. Nunc autem in hoc rescripto dicitur testatricem non potuisse res alienas legare. Propositio concepta est de eo, quod testator potest. Interpretes respondent de voluntate testatoris, idest, de carbonaria interrogati, ad calcaria respondent.

Vera solutio hæc est: Recte dicitur testatricem in proposito potuisse res alienas legare et eandem non potuisse legare, diversa significatione. Potest res alienas legare, ut legatum consistat. Id significatur, cum dicimus rem alienam legari posse, §. *non solum*, *Inst. eod.* At testatrix res alienas non potest legare, ut eas pro suo jure in legatarium transferat; nam legare donare est: ea proprie dicimur donare, quæ in alios transferimus, L. 1. *de donat.* Et hæc quoque legati vis est, ut dominium rei legatæ transferatur in legatarium, L. *legatum*, *de legat.* 2. Hoc sensu non potuit testatrix in specie proposita res alienas legare, ut earum dominium transferret. Dubitationis caussa hæc fuit, quod testatrix in his rebus usumfructum habebat, unde videri poterat de iis rebus potuisse statuere pro suo jure. Respondent Imperatores, si legatarius id putet, eum errare; et addunt rationem: quia testatrix solum usumfructum habuerit in iis rebus: qua ratione explicata, certum est res illas non fuisse testatricis; nam ususfructus est jus utendi fruendi rebus, sed alterius.

Ad L.

Ad L. In legatis. 21.

Impp. Constantinus, Constantius et Constans. AAA. ad populum.

In legatis, vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia: ita in nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit. Datum Calend. Februar. Constantio II. et Constante Coss.

SUMMARIA.

1. *Quatuor genera legatorum olim quæ.*
2. *Eorum effectus diversi.*

1 SCriptum est in §. 1. *Inst. eod.* olim † quatuor genera legatorum fuisse, per vindicationem, per sinendi modum, per præceptionem, per denuntiationem: et singulis generibus propria verba attributa fuisse, qui-
2 bus singula exprimerentur. Horum † generum diversos fuisse effectus, cum de actionibus quæreretur. Hujusmodi autem solemnitatem verborum, postea constitutionibus Imperatorum sublatam esse. Accursius illic scribit, hanc constitutionem non exstare. Errat, constitutio significatur hujus legis: Est enim constitutio trium Imperatorum; una, si omnes Imperatores conjungas; sin autem singulos Imperatores spectes, totidem sunt singulorum constitutiones. Diserte autem hic tollitur observantia verborum solemnium in legatis. Usitate hæc observantia nihil aliud est, nisi solemnitas verborum; hanc Justinianus dicit sublatam esse a prioribus principibus. Manebat etiam adhuc differentia singulorum generum; hæc deinde a Justiniano sublata est; unde bene Justinianus hanc emendationem sibi tribuit, ne forte quis hunc locum refragari existimet. Hoc in L. 1. *infr. commun. de legat.* §. *nostra*, 2 *Instit. eod.*

Ad L. In annalibus. 22.

Imp. Justinian. A. Mennæ *præfecto Prætorio.*

In annalibus legatis, vel fideicommissis, quæ testator non solum certæ personæ, sed et ejus heredibus præstari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus, et eorum heredum heredibus servari pro voluntate testatoris præcipimus. Dat. III. Id. Decemb. Constantinop. Dn. Justin. A. PP. II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Si testator decem annua legans Titio, nihil exprimat de heredibus Titii, legatum est personale, et morte legatarii finitur.*
2. *Testatore decem annua legante Titio, et heredibus, utrum mortuo Titio legatum ad primum heredem ejus tantum, an vero ad omnes heredes, et heredum heredes pertineat, usque in infinitum.*
3. *Significatio heredis omnes heredes in infinitum continet.*
4. *Usufructu Titio legato, heredique ejus, ususfructus ad heredem fructuarii transit; ad heredem tamen primum solum: mortuo illo finitur.*
5. *An idem sit in legatis annuis.*

1 CUM † testator decem annua Titio legat, si de heredibus Titii nihil exprimit, placet legatum esse personale, et morte legatarii finiri, similiter et usumfructum. L. 4. *D, de annuis legat.* Ubi et ratio hujus juris addita est. Idem in L. *si Stichum* 16. § 1. *de verb. obl.*

Quod

2 Quod si testator † decem annua leget Titio, et heredibus ejus, quæsitum est, utrum mortuo Titio legatum ad primum heredem ejus tantum pertineat, aut vero ad omnes heredes et heredum heredes, usque in infinitum? Controversia nascitur ex contrariis le-
3 gibus. Nam significatio † heredis omnes heredes in infinitum continet; et ita receptum est, *L. heredis appellat. de verb. sign.* Rur-
4 sum † cum ususfructus Titio legatus est, heredique ejus, Justinianus constituit usumfructum quidem ad heredem fructuarii transire, sed solum ad heredem primum: mortuo autem herede primo finiri. L. *antiqui-*
5 *tas, sup. de usufruct.* Par † esse videbatur, ut idem probaremus in legatis annuis; nam et hæc, ut ususfructus, personalia, et morte legatarii exstinguuntur.

Justinianus in hac dubitatione hic constituit, cum decem annua legata sunt Titio, heredique ejus legatum esse perpetuum, et ad omnes heredum heredes successionem pertinere. Recte Justinianus, nimirum ex verbi significatione, a qua recedendum non est, nisi cum apparet aliud sensisse testatorem, L. *non aliter, de legat.* 3. Cur ergo aliud constituit idem Justinianus in usufructu, qui legatus est Titio, heredique ejus? Ratio hæc est; quia in usufructu apparet non sensisse testatorem, ut ususfructus ad omnes heredes et heredum successores in infinitum pertineret, quoniam cum usumfructum legavit, apparet eum noluisse legare proprietatem. At si ususfructus ad omnes heredes in infinitum pertineret, non esset ususfructus, sed proprietas; quoniam proprietas nulla esset, ut quæ proprietario esset inutilis. Hoc sensu Justinianus in dicta L. *antiquitas*, dixit, se constituere in usufructu, ne proprietas inutilis esset semper abscendente usufructu.

Ad L. Cum quæstio. 23.

Idem A. Juliano *præfecto pætorio.*

Cum quæstio tali de significatione verborum animos veterum movit, si quis quidam agrum Cornelianum puta, vel alium quempiam in solidum legaverit, deinde alii partem ejus dimidiam, quantam portionem primus, quantam secundus legatarius consequitur: simili dubitatione et in hereditate et in fideicommissis habita: cumque computationes multæ introducebantur, et multis ratiocinationibus dignæ: nos hujusmodi computationes quasi superfluas et contrarias voluntati testatoris, omnes esse sopiendas censemus. Cum enim manifestum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei quidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minus eam sex unciis, cum alii eas obtulit: et præsens casus exitum apertissimum inveniet. Si quis itaque vel agrum, vel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam: utrumque in sex uncias esse, vel dominum rei legatæ, vel heredem. Et si tota re primo relicta, tertiam partem secundo reliquerit: secundum prædictum modum octo quidem uncias, vel agri, vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem, vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, idest, in hereditatibus, vel legatis, vel fideicommissis. Vestigia enim voluntatis testatoris non aliter, nisi per hujusmodi viam æstimanda sunt.

SUMMARIA.

1. *Testatore legante alicui totum, et ejusdem rei partem dimidiam alii, quantum in hoc legato ad utrumque legatarium pertineat, et quomodo res legata inter primum et secundum dividi debeat.*
2. *Tertiæ divisioni idest Justinianeæ contraria diluuntur, et per tot.*

1 CUm testator † legat alicui totum, et ejusdem rei partem dimidiam alii, hoc modo: *fundum Tusculanum Primo do, lego, ejusdem Tusculani partem dimidiam Secun-*

cundo do, *lego.* Quæsitum est, quantum in hoc legato ad utrumque legatarium pertineret, et quomodo res legata inter Primum et Secundum dividi deberet. Justinianus initio constitutionis ostendit varias divisiones hic a veteribus excogitatas esse. Possunt autem in hac specie tres divisiones fingi, quarum unaquæque sua ratione defenditur; unde ambigendi caussa, quæ costitutioni Justiniani materiam præbuit. Primo dici potest fundum, de quo quæritur, in tres partes dividendum esse, ex quibus duas accipere debeat Primus, unam Secundus. Optima ratione; quia cum totum Primo legatum est, deinde totius dimidium Secundo: apparet duplo plus Primo legatum esse, quam Secundo. Igitur in divisione eadem proportio servanda est, ut Primo duplo plus tribuatur, quam Secundo ex voluntate testatoris, et ita ex prima divisione Primus octo uncias habebit, Secundus quatuor, idest, Primus duplo plus, quam Secundus. Pro hac divisione facit *L. interdum*, §. 1. vers. *sed si excesserit*, *D. de hered. Instit.*

Secunda divisio admitti debere videtur, ut fundus legatus dividatur in duos semisses, ex quibus unus integer sine controversia ad Primum pertinebit; nam cui totus fundus legatus est, ei multo magis dimidium integrum legatum est. Alter semis dividetur inter Primum et Secundum. Hæc divisio differt a priore, quia ex priore divisione Primus accipit tantum octo uncias ex duodecim, Secundus quatuor. Ex secunda autem divisione, quam diximus, Primus accipit novem uncias ex duodecim, nempe semissem, et præterea tres uncias, partem semissis reliqui: Secundus autem accipit tantum quartam partem totius, idest, tres tantum uncias. Defenditur autem hæc divisio hac ratione; quia dimidia pars fundi, quæ Secundo legata est, eadem etiam legata est Primo; cum enim Primo legatur totus fundus, simul legantur ei duæ dimidiæ fundi, ex quibus totus fundus constat. Proinde in hanc dimidiam ambo concurrent, ut fit, cum eadem res duobus legata est, §. *si eadem*, *Inst. de legat.*

Sed iis divisionibus duabus repudiatis, Justinianus hic constituit tertiam: ut fundus inter primum et secundum legatarios dividatur ex æquis partibus et Primus unam dimidiam accipiat, Secundus alteram dimidiam. Quæ sententia non tantum prima ratione no-
2 va videtur, † sed etiam absurda. Nam aperte absurdum est, ut Secundus, cui dimidium tantum legatum est, tantundem accipiat quantum Primus, cui duplo plus legatum est.

Respondeo: Esset omnino hoc absurdum, si totus fundus Primo legatus esset, ut ab initio legatus videtur, sed cum testator legavit postea Secundo ejus fundi partem dimidiam, hanc ipsam dimidiam intelligitur ademisse Primo; ac proinde nec ei legasse. Adempta Primo dimidia, sola altera dimidia relinquitur, quæ ei tribuatur. Unde intelligitur nihil amplius utrique legatum, quam dimidiam. Primum omnibus interpretibus occurrit hic locus, qui ex diametro pugnare videatur *d.* L. *interdum*, §. 1. vers. *sed si excesserit*, *de heredibus instit.* ubi testator unum heredem instituit ex asse, idest, ex tota hereditate; deinde alterum instituit ex sex unciis, idest, ex dimidia parte assis, et sic primo totam hereditatem dedit, secundo partem dimidiam: placet non idcirco videri sex uncias ademptas priori heredi, ut sic prior heres habeat tantum sex uncias, et posterior sex. Sed placet priorem heredem integrum assem habiturum, posteriorem sex tantum uncias: ut dividatur hereditas in tres partes, ex quibus prior heres bessem accipiat, idest, duas partes, nempe duodecim, posterior accipiat trientem, idest, tertiam partem, nempe sex ex octodecim unciis.

Hic vulgo interpretes multa divinando rem involvunt potius, quam expediunt, neque animadvertunt manifestam esse utriusque loci decisionem in specie, quæ utrobique proponitur. Longe aliud est uni dare totum, et alteri ejus rei prius datæ partem dimidiam, ut fit in specie hujus constitutionis: aliud Primo dare totum assem; deinde Secundo sex uncias, seu partem dimidiam assis, non addito, sex uncias ejusdem assis. Qui dimidiam dat Secundo, et nominatim adjicit dimidiam ejus rei, quæ prius legata est, aperte priori legatario dimidiam partem detrahit, ac proinde in priore legato dimidium ejusdem debetur. At is, qui secundo dat sex uncias simpliciter, seu dimidiam assis simpliciter, non intelligitur dare sex uncias ejusdem assis: assis quidem, sed novi assis, non prioris: propterea, quod testator potest hereditatis suæ tot uncias facere, quot velit, idque est, quod disserit Ulpianus in *d. L. interdum*, §. 1.

Secundum quam sententiam dicendum est, ubi testator heredem primum instituit ex asse, id est, duodecim unciis; secundum autem heredem ex sex unciis instituit: hereditas intelligatur divisa in octodecim uncias, quæ in tres partes dividentur, e quibus duas accipiet primus, secundus tertiam, pro ea portione, ex qua prius instituti erant: aut

si

si res revocabitur ad unum assem, idest, ad duodecim uncias: as ita dividetur ut primus habeat bessem, idest, octo uncias, secundus trientem, idest, quatuor uncias, ut loquitur ibi Ulpianus, idest, ut primus duplo plus accipiat, quam secundus, nam in octo unciis institutus est, ut hic in quatuor.

Et hic quidem locus solus occurrit interpretibus huic constitutioni contrarius, sed sunt adhuc aliæ objectiones multo graviores, quæ nobis diluendæ sunt. Ac primum adversus rationem hujus constitutionis et sententiam totam vehementer pugnat ea ratio, qua supra proxima secunda divisione usi sumus. Est autem ratio hujusmodi: Quoties duobus eadem res legata est, testator posteriori rem legando, non intelligitur eam priori adimere, sed ita legat, ut ambo legatarii in eandem rem concurrant, §. *si eadem*, *Institut. de legat.* At in specie proposita, dimidia, quæ Secundo legata est, prius legata fuit Primo; nam cum Primo totum legatum sit, non est dubium, quin ei singulæ dimidiæ totius legatæ sint. Proinde hæc dimidia, quæ secundo legata est, non intelligetur priori adempta, sed ambo Primus et Secundus in hanc dimidiam concurrerent, ut Primus dimidiam integram suo jure habeat, et alterius dimidiæ secundo legatæ partem una cum Secundo accipiat, atque ita novem uncias habeat ex duodecim unciis, Secundus tres duntaxat.

Respondeo, quod dicitur, cum eadem res duobus legata est, posteriore legato non adimi legatum priori, sed ambos legatarios in rem legatam concurrere, sic accipiendum est: cum duobus res solida legata est, ut duobus idem fundus Tusculanus, ut exempla probant in *d.* §. *si eadem*, et declaratur, in dicta *L. si pluribus*, *de legat.* 1. Diversum est, cum una res primo tota legata est, alteri ejusdem rei pars dimidia. Nam pars dimidia priori detracta intelligitur, ut declaratur hac constitutione, ut dici possit hanc constitutionem esse prioris illius juris interpretationem. Sed huic solutioni occurritur hac ratione: Quæ de re tota dicuntur, eadem et de parte intelligenda sunt, L. *quæ de tota*, *de rei vindic.* At cum Primo tota res legata est, deinde eadem tota legata est Secundo, non intelligitur posteriore legato res tota detracta esse primo. Ergo et cum Secundo dimidia pars legata est, non intelligetur hæc dimidia priori adempta, ut eadem sit ratio partis, quæ totius.

Respondeo; Quod dicitur de parte, idem et de toto dici, sic accipiendum est, si in parte eadem sit ratio, quæ in toto, ut accidit in vindicatione partis, de qua agitur in dicta L. *quæ de tota*, *de rei vindicat.* Sed in proposito non eadem est ratio totius, si Secundo totum legatum sit; et dimidii, si Secundo pars dimidia tantum legata sit. Nam cum testator legat eandem rem totam Secundo, tantum abest, ut hoc legato intelligatur voluisse totam adimere priori, ut potius singulis totam legando intelligatur eos in eadem re conjungere voluisse, quasi conjunctim et uno verbo singulis legata. At cum Secundo legat partem dimidiam ejusdem rei, apparet eum voluisse partes separare, ut dimidia apud Secundum esset, altera dimidia apud primum. Sic enim fit, ut in his partibus legatarios disjungat, non vero conjungat.

Sed et adversus solutionem superiorem et totam sententiam hujus constitutionis opponitur L. *si alii*, *D. de usufr. legat.* ubi uni totus fundus legatus est, et alteri ejusdem fundi dimidia; et tamen placet ambos legatarios in hanc dimidiam concurrere. Species ita proponitur: testator Primo fundum Cornelianum legavit; deinde Secundo ejusdem fundi Corneliani usumfructum. Observandum est in hac specie videri Primo totum legatum esse, deinde Secundo ejusdem totius partem. Nam cum Primo legatur fundus Cornelianus, intelligitur ei et legari proprietas fundi, et ususfructus, ita ut nisi utrumque detur separatim, fundus ex testamento peti possit, *L. Mævius*, §. *penult. D. de legat.* 2. Cum autem ususfructus legatur Secundo, non intelligitur solum legari ususfructus, qui Primo legatus erat, sed etiam ei intelligitur pars fundi legata, qui ususfructus rei vicem obtinet, L. *qui usumfructum*, *D. de verb. obl. dict.* L. *Mævius*, §. *penult.* Et tamen placet in *d.* L. *si alia*, *de usufruct. leg.* Usumfructum secundo legatum non adimi priori, sed utrumque et Primum et Secundum in hanc fundi partem concurrere.

Respondeo: species hæc si recte expenditur, ad speciem hujus constitutionis nihil pertinet. Nam revera ususfructus fundi pars non est, et ideo dicitur emolumenti pars esse, non fundi, *d.* L. *Mævius*, §. *ult.* Ob eandem caussam is qui stipulatur usumfructum, dicitur ei similis esse, qui partem stipulatur, in dicta *L. si usufruct. de verb. signific.* Nam certe simile non est idem, idque per se patet. Nam fundus est res corporalis, ususfructus res incorporalis. Nemo autem dixerit rem incorporalem rei corporalis esse partem. Porro qui partem dimidiam non legavit secundo,

do, non potest dici eam partem priori ademisse, quam non legavit. Huc accedit, quod ita demum ex constitutione Justiniani pars dimidia secundo legata intelligitur priori adempta, si testator nominatim verbo, *partis ejusdem rei*, usus sit id legando, quod testator non facit, qui fundum prius legat, deinde usumfructum. Quod constitutum est non tantum propter auctoritatem constituentis, sed etiam propter manifestam rationem et æquitatem sententiæ Justinianeæ in hac lege, qua posita ita statuemus: quoties duobus eadem res solida legata est, potius singuli in eandem rem concurrunt ex æquis virilibus portionibus, §. *si eadem*, *Inst. eod.* Idem ex hac constitutione probandum est, si duobus ita res legata sit, ut uni legaretur solida, alteri ejus rei pars sola dimidia. Neque hoc absurdum: quoniam pars dimidia secundo legata, priori detracta intelligitur: ex quo evenit, ut dimidia solum priori relinquatur; unde et æquas partes utriusque in divisione fieri oportet.

Ad §. ultim.

Sed et aliam disceptationem juris antiqui non absimilem constitutam decidere nobis humanum esse apparuit. Agitabatur enim si quis agrum Cornelianum, vel forte alium, vel quandam rem cuidam legaverit, et postea iterum, vel sæpius ei eandem rem per legatum, vel fideicommissum dederit, post talia autem verba testamenti Sempronio eundem agrum, vel aliam rem legaverit, ut sæpius quidem fuisset Titii mentio, semel autem Sempronii; quid statuendum est? Et quid juris sit, si conjunctim, aut separatim eis relinquatur, sive in legato hoc consistat, sive in hereditate? Hujusmodi igitur decidentes antiquam controversiam, sancimus cuicunque sit hereditas, vel ager in memoratis casibus, sive conjunctim, sive soli, sive sæpius eidem relictus: æqua lance et hereditatem et agrum, et aliam quamcunque rem dividi, et ad dimidiam partem unumquemque vocari: nisi specialiter expresserit, et dixerit testator, tantas quidem partes velle unum, tantas autem alterum habere. In omnibus etenim testatoris voluntatem, quæ legitima est, dominari censemus: Datum XV. Kalend. Decemb. Lampadio et Oreste VV. Coss.

SUMMARIA.

1. *Testatore legante eandem rem uni, quanvis leget sæpius, tamen ei semel tantum debetur.*
2. *Verba stipulationis sic accipiuntur, ut semper aliquid egisse intelligantur.*
3. *Quicquid verba significant, id pro stipulatione accipi debet.*

1 CUM testator † eandem rem uni legat, quanvis leget sæpius, tamen semel ei tantum debetur, *L. plane ubi*, §. 1. *de legat.* 1. Et merito; quoniam una res legata est, non plures, quanvis eadem sæpius legata sit. Una autem amplius, quam semel præstari non potest. Itaque ingeminatio legati in eadem persona legatarii facta legato nihil adjicit. Hinc consequens est, quod hic a Justiniano constituitur: quoties eadem res duobus est solida legata quanvis uni sæpius legata sit; tamen non aliter inter legatarios res dividitur ex æquis portionibus, quam si singulis semel tantum legata esset, quia quod sæpius uni legatum est, ad legatum nihil adjicit: hoc enim juris est, si uni soli legata esset.

Sed non caret res dubitatione, quam ob caussam Justiniani constitutione opus fuit. Nam aliud receptum est in stipulatione servi communis, *L.* 4. *de stipulat. servorum.* Sti-

Stichus duos dominos habens Titium et Mævium, hoc modo fundum stipulatus est: *Fundum Tusculanum Dominis meis, et Titio dare spondes?* Vel hoc modo, *Titio et Mævio, et Titio dare spondes?* Propter ingeminationem Titii placuit in hac specie duplicem divisionem fieri, primum dividendum esse fundum in duos semisses, ex quibus unus semis integer pertineat ad Titium, alter semis rursum dividi debeat in duos quadrantes, ita ut Titius unum quadrantem, idest, tres uncias habeat, Mævius alterum quadrantem, idest, reliquas tres uncias: ut in summa Titius dodrantem habeat, idest, novem uncias, Mævius quadrantem, idest, solum tres uncias.

Sed aliud servatur in contractibus, aliud in legatis et testamentis; quoniam aliud contrahentium, aliud testatoris voluntas exigit. In stipulationibus, quoniam qui stipulatur hoc animo est, ut sibi caveat et acquirat ali-
2 quid, placet † verba stipulationis sic accipi, ut semper aliquid egisse intelligantur, *L. quicquid*, *L. quoties in stipulat. de verb. oblig.* Et † quicquid verba significarunt, pla- 3
cet id pro stipulatione accipi debere, quia non frustra sibi caverit, L. *quicquid*, *in fin. prin.* vers. *de verb. oblig.* Proinde, quod servus bis Titio domino stipulatus est, sic accipi debet ingeminatio, ut non frustra Titio bis stipulatus sit. Id autem ita fiet, si verbis ei stipulatus est, ut bis in ejus utilitatem fundus dividatur. Alia mens est testatoris, cum fundum duobus legat, quanvis bis uni leget. Non enim intelligitur propter ingeminationem legati, plus uni tribuere voluisse, propter alterum collegatarium, quem pariter dilexit. Id ex eo apparet, quod ei pariter fundum solidum legavit. In testamentis autem non quid scriptum sit, spectatur: sed quid testator voluerit: quia totum in his voluntas facit, *L. ex facto*, §. *rerum*, *D. de hered. Inst.* L. 12. *in fin. de legat.* 1.

Ad L. Cum quidam. 24.

Idem A. Joanni *præfecto prætorio.*

Cum quidam suum filiumfamilias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis, eidem autem pupillo alium substitutum reliquit, maximam scilicet ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit, sed post exheredationis injuriam, etiam substitutionem ei addidit, et a substituto legatum reliquit: quærebatur, si hujusmodi legatum, vel fideicommissum posset valere. Sed et si legatum eidem exheredato filio pater reliquerit, et substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum: iterum certabatur, si saltem per eundem modum fideicommissum posset relinquere. Cum igitur antiquitas quidem hoc diverse tractare maluerit, nobis autem hujusmodi jurgia supervacua esse videantur: sancimus, nullo legato, nullo fideicommisso hujusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, prægravari: nec si ipsam rem, quam pupillo legavit, a substituto ejus vel legare, vel fideicommittere voluit. Datum II. Kal. Maji, Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Sententia hujus legis.*
2. *An ab exheredati substituto legari, aut fideicommitti possit, et num.* 3.

1 Sententia est, † ab impuberis exheredati substituto legatum, aut fideicommissum inutiliter relinquitur, quanvis pater filii exeredati leget, et id ipsum corpus leget a substituto. Hæc summa tres sententias continet, quarum unaquæque suam dubitationem habet. Prima illa est: Ab † exhere- 2
dati substituto legari, aut fideicommitti non posse. Regula vetus est, non hoc tantum loco constituta, *L. antepenult. de legat.* 1. Hæc ut intelligatur, sciendum est, patrem filio impuberi, quem in potestate habet, here-

redem substituere posse in hunc casum, si impubes intra pubertatem decesserit; neque id tantum filio impubere herede instituto, sed exheredato, ut dicat hoc modo: Filius meus impubes exheres esto; si is intra pubertatem decesserit, Lucius Titius ei heres esto, *L.* I. §. I. *de vulg. substit. in pr.* §.
3 *non solum.* Hinc quæsitum est: † cum exheredato impuberi pater heredem substituit, an ab hoc substituto legatum, aut fideicommissum relinquere possit?

Controversia nascitur ex alia regula juris, qua efficitur, quibuscunque aliquid datur testamento, ab his fideicommissum relinqui posse, *L.* I. §. *sciendum*, *de legat.* 3. Secundum quam regulam videbatur dici debere, etiam a substituto exheredati relinqui posse; quia pater, qui relinquit, prius ei hereditatem filii impuberis dedit: sed placuit, quod supra scripta regula comprehensum est, ab hoc substituto relinqui non posse. Idque hac ratione, quia pater a filio ipso exheredato legare, aut fideicommittere non potuit. Nam cui testamento nihil dedimus, ab eo nihil relinqui potest, *L. ab eo*, *infr. de fideicommiss.* L. 6. §. *ult. de legat.* 3. Porro qui non habuit jus legandi ab eo exheredato, is plus juris in personam heredis ejus transferre non debet. Ratio est Juliani in L. *qui fundum*, §. *qui filios*, *in fin. ad L. Falcid.* Ratio sumpta est ex regula juris nota, quod qui in jus et locum alterius succedit, eodem jure uti debeat, L. *qui in jus*, *D. de reg. jur.* Non obstat, quod dicitur, quibus testamento aliquid datum est, ab his fideicommissum relinqui posse. Hoc enim sic intelligendum est, si is testator aliquid de suo dederit, ut intelligitur ex *L. qua ratione*, §. *quod nullo*, *cir. fin. D. ad L. Falcid.* Sed et illud recte dici potest, cum pater filio impuberi exheredato heredem substituit, non videri patrem quicquam dare substituto, neque de suo, neque de alieno. Nam magis videtur impubes ipse dare, facto tamen et auctoritate patris: nam substitutio pupillaris est impuberis testamentum, tametsi pater hoc ei testamentum fecit, ut dicitur in dicta L. *Papinianus*, §. *sed nec impuber. D. eod.*

Quid si in superiori hypothesi retenta, pater filio impuberi exheredato fundum legarit, et tantundem leget ab exheredati substituto, videbatur hoc saltem casu a substituto legari, aut fideicommitti posse: commutata videlicet in contrarium ratione, propter quam dicebamus, a substituto exheredati legari non posse. Hæc enim est ratio: quia ab exheredato ipso legari non poterat; at ratio cessat, cum exheredato quid legatum est. Nam hoc casu ab exheredato tantum relinqui potest, *L. coherede*, §. I. *in fin. D. de vulg.* Unde effici quis non immerito dixerit, ut etiam ab ejus herede relinqui possit; quoniam cessante ratione juris, etiam jus locum non habet, *L. quod dictum*, *de pact.* Ad hujus sententiæ confirmationem facit regula juris, qua diserte id expressum est in L. 5. §. *ult. de legat.* 3. his verbis: *Cum ab herede, aut legatario relinqui potest, etiam ab heredis et legatarii herede fideicommissum relictum valere, benignum est.* Sed tamen etiam hoc casu placuit ab exheredati substituto legatum, aut fideicommissum relinqui non posse, non tantum hac lege, sed etiam jure veteri. Extstat enim hæc sententia in *d.* L. *qui fundum*, §. *qui filio* vers. *ne cui contrarium*, *ad* L. *Falcid.*

Non obstat, quod exheredato, cui legatum datum est, fideicommissum relinqui potest. Non enim si ab herede relinqui non potest, quod ab exheredato non potuit: idcirco recte colligitur, contra si quid exheredato legari potest, recte etiam legari posse ab ejus herede substituto. Nam quod ab exheredato cui legatur, fideicommissum relinqui potest, id beneficium personale est, nec personam exheredati egreditur: quoniam non est eadem ratio in herede filii, quæ in filio ipso. A filio exheredato, cui pater legatum dedit, fideicommissum relinqui potest; quia pater ei tantundem dedit, aut amplius. Hæc ratio locum non habet in substituto filii; quia pater huic substituto nihil de suo dare intelligitur. Nec nos moverit, quod dicitur a legatarii heredibus fideicommissum relinqui posse, dicta L. 5. *de legat.* 3. Nam haud simpliciter dicitur fideicommissum ab heredibus legatarii relinqui posse, aut relictum valere; sed valere *benignum esse.*

Ex his verbis intelligimus, hanc regulam locum habere solum in aliis legatariis, non autem in legatario filio exheredato, hac ratione; quia quod benigne in aliis recipitur, id in exheredato recipiendum non est propter odium exheredationis paternæ. Exheredationes enim ut res odiosæ benignitate interpretationis adjuvandæ non sunt, L. *cum quidam*, *in fin. de lib. et postum.*

Sed cum hæc sententia fuerit etiam veteris juris, quid opus erat Justinianus constitutione ad eam confirmandam? Respondeo: Quia tertiam dubitationem Justinianus dirimit. Quærebatur enim amplius, si pater non potest aliud tantundem relinquere a substituto exheredati, an saltem non possit idem illud

cor-

corpus relinquere, quod prius exheredato legarat? Et Justinianus adjicit, ne hoc quidem patri concedendum esse, in odium exheredationis, ut ipse in principio hujus constitutionis significat.

Ad L. penult.

Idem A. Joanni *præfecto prætorio.*

Si legatarius, (vel fideicommissarius) celaverit testamentum, et postea hoc in lucem emerserit, an posset legatum sibi relictum is, qui celaverit, ex eo testamento vindicare dubitabatur. Quod omnimodo inhibendum esse censemus, ut non accipiat fructum suæ calliditatis, qui voluit heredem hereditate sua defraudare: sed hujusmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem, quasi pro non scripto apud heredem, ut qui alii nocendum esse existimavit, ipse suam sentiat jacturam: quemadmodum si legatarius, cui propter tutelam gerendam aliquid relictum sit, non subierit tutelam: ei quidem legatum aufertur, pupillo autem adsignatur, cui ille utilis esse noluit. Dat. Kal. Nov. Constantinop. post consulat. Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIUM.

1. *Legati actionem amittit is, qui tutor datus tutelam non subiit.*

SEntentiam hujus legis complexi sumus ad L. 5. *supr.* Notandum est, quod
1 hic dicitur, eum † legari actionem amittere, qui tutor datus tutelam non subiit. Hoc enim generalius dictum est, sed ita accipi debet, si is qui tutor datus erat, cum posset, tutelam suscipere noluit, non etiam, si non potuit, *L. post legatum*, §. *amittere*, *D. de his, quæ ut indig. aufer.* L. *qui tutelam*, *D. de testam. tut.* Quod si quis ideo tutelam non subiit, quia non potuit, nihilominus ei legatum salvum est. Is non potuit tutelam subire, qui tutor jure dari non potuit, ut miles. Et ad hanc caussam supra constitutum est, L. *ab administratione*, *supr. h. t.* si miles tutor datus, tutor non fiat, nihilominus eum legatum consequi. Is etiam tutor esse non potest, qui cum ex inquisitione magistratus dari deberet, et paratus esset tutelam suscipere, a prætore non est admissus, ut non satis idoneus. Et ob hanc caussam placuit eum, qui ita admissus non est, nihilominus legatum consequi, L. *cum filius*, §. *non jure D. de legat.* 2. Hæ superioris regulæ exceptiones non sunt, sed confirmationes potius. Confirmant enim eum solum, qui tutor datus tutelam non subiit, legatum amittere, quia noluit tutor esse, de quo solo regula concepta est.

Ad L.

Ad L. ult.

Idem Augustus Joanni *præfecto prætorio.*

Illud, quod de legatis, vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est emendare prospeximus, sancientes etiam talem legatorum, vel fideicommissorum speciem valere, et firmitatem habere. Cum enim jam constitutum sit fieri posse temporales donationes et contractus: consequens est etiam legata vel fideicommissa, quæ ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari: post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis, vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario, vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut ei post transactum tempus res non culpa ejus deterior facta restituatur. Dat. XV. Kal. Nov. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Legata temporalia, quanvis ad tempus data, nihilominus sunt perpetua.*
2. *Legatum temporale utrum finiatur tempore præstituto, prætorio ipso jure, an per exceptionem.*

CUM decem annua Titio legata sunt, usque ad decem annos; aut cum fundus Titio legatus est usque ad decem annos, et si qua sunt legata Titio ad tempus usque
1 certum relicta, quæ in hac † lege temporalia vacantur, de iis ita jus olim fuit, ut quanvis ad tempus data sint, nihilominus essent perpetua, quia tempore finiri non possunt, secundum regulam juris L. *nemo*, *D. de legat.* 1. Regulæ juris id exigunt, ut obligatio semel cœpta non finiatur, nisi et jure constitutis modis, *tit. Instit. quibus modis toll. oblig.* Inter hos autem modos non est solum factum, aut sola voluntas testatoris. Hæc ratio significatur in *L. obligationum fere*, *in princip.* versic. *placet*, D. *de oblig. et act.* Justinianus hac lege hoc jus mutavit, et ejusmodi legata omnia confirmavit, ut valerent non minus, quam cætera.

2 Hic quæsitum est, utrum † ex hac constitutione legatum temporale finiatur tempore præstituto præterito, ipso jure, an per exceptionem? Movet quæstionem, quia etiam olim hujusmodi legata finiebantur ope exceptionis. Nam si legatarius legatum post decem annos annuum peteret, ab erede quidem jure peteret, sed exceptione doli mali submovebatur, quia petebat contra conventionem. Idque expressum est in dicta L. *obligationum fere*, vers. *placet.* Hinc quærimus an idem etiam nunc post hanc constitutionem probandum sit? Quod vulgo probatur.

Sed perspicuum est, Justinianum hæc legata omnia constituere temporalia, ita tempore constituto finito ipso jure finiri. Id autem planum fit ex eo, quod dicit, se in eo vetus jus emendare. Nihil emendaret in jure veteri, si legatum tempore, jure non finiretur, sed tantum per exceptionem; nam et olim idem jus fuit. Deinde ita scribit, se constituere, ut legata temporalia, quæ prius irrita erant, non valeant: prius erant irrita jure summo tantum, non jure prætorio. Hoc igitur constituit etiam ipso jure non valere nunc ea legata. Quod autem dicitur legata temporalia olim non valuisse, sic accipiendum est: ut non valuerint, quatenus temporalia erant: nam quatenus legata erant, debebantur et erant perpetua, sed quatenus iis tempus adjiciebatur, ad quod usque legata valerent, hactenus adjectio non valebat.

Justinianus addit, se hoc constituere, quia et idem ante in donationibus receptum erat, et idem in contractibus: quod de donationibus tantum quibusdam, et quibusdam contractibus accipiendum est, alioqui sententia falsa. Nam cum alicui dono fundum ea lege, ut id faciat, aut non faciat: caussa non secuta non revocatur dominium ipso jure, sed tantum condictio ob caussam L. 4. *et* L. 5. *supra*, *de condict. ob causs.* Sed solum ipso jure finitur dominium rei donatæ in specie, cum donator dedit alicui, ut ab eo aleretur, et caussa secuta non est; L. 1.

infra

infra, *de donat. quæ sub. mod.* Idem in contractibus dicendum est: nam si tibi vendiderim fundum, et tradiderim, ut tuus sit, donec illud non faceres, caussa non secuta; nihilominus fundus tuus manet, nec alia mihi actio tecum est, quam actio in personam ex venditione, ut mihi rem reddas. Solum dominium translatum ipso jure finitur, cum res vendita est et tradita lege commissoria, idest, ea lege, ut si intra certum tempus pretium solutum non esset, fundus inemptus esset, *tit. de lege commissoria.* Has igitur species in hac lege accipere debemus.

De his itaque caussis hæc constitutio accipienda est, quorum argumento Justinianus dicit, se idem constituere in legatis omnibus temporalibus, ut post tempus constitutum, et decem annua desinant ipso jure deberi, et fundus legatus desinat ipso jure legatarii esse. Quamobrem caussam adjecit Justinianus, non aliter hujusmodi legata præstanda esse legatario, ubi aliquid illi daretur, quod postea restituendum esset, quam si caveret heredi, se id legatum post tempus constitutum restituturum salvum et integrum, quod sine culpa sua fieri posset, cujusmodi cautio recepta est in re fructuaria, quæ fructuario fruenda datur, *L. 1. D. usufr. quemadmodum caveat.*

Auctor Lectori.

Quoniam titulus sequens tantum de verborum significatione, non de jure est, omnia rescripta ejus talia sunt, ut legenti facilia sint, itaque pergimus ad seq. tit.

AD TITULUM XXXIX.

COD. SI OMISSA SIT CAUSSA TESTAMENTI.

Ad L. si in fraudem. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Januariæ.

Si in fraudem legatorum transmissam hereditatem ad substitutum probatura es: utilis actio adversus eum cum quo fraudis consilium participatum est, tibi competit. Plane si pecunia accepta omisit aditionem: legata et fideicommissa præstare cogitur. Accep. Kal. Octob. Fusco et Dextro Coss.

Ad L. Eum. 2.

Impp. Philippus A. et Philippus C. Victoriæ.

Eum qui cum testamento posset obtinere hereditatem, ab intestato jus successionis voluit amplecti: libertatibus eodem testamento datis obesse non posse, jam pridem placuit. Quod si cum jam neque adiri ex testamento hereditas neque bonorum possessio peti possit, judicium defuncti non usurpabitur, sed ad irritum juris ratione revocatum est: petitio relictorum nullo jure procedit. Si vero jure facto testamento, cessante herede scripto, alter ab intestato adiit hereditatem: neque libertates neque legata ex testamento posse præstari, manifestum est. PP. Kal. Jan. Philippo A. et Titiano Coss.

Ad L. Si Proculiana. 3.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Apro et Piæ.

Si Proculiana patri vestro, cujus estis heredes, testamento quid reliquit, et scripti jure secundum ejus judicium, vel omissa caussa testamenti successerunt ab intestato: aditus competens judex, quatenus legis Falcidiæ modus patitur, vobis relicta restitui jubebit. Dat. XV. Kal. Jan. Sirmii. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Actio legatorum, seu fideicommissorum nova in quem detur.*
2. *Omittere hereditatem quis dicatur, quis item caussam testamenti.*
3. *Actio legatorum, seu fideicommissorum quibus, quarum rerum gratia, et quatenus detur.*

HEredem legatis teneri certum est, si hereditatem ex testamento adierit, de quo dictum ad L. 2. *sup. de legat.* Placuit Imperatoribus etiam eum, qui ex testamento he-

hereditatem omisisset, legatis obligari, si ab intestato possideret hereditatem, L. *ult. hic.* Quam ob caussam merito hic titulus superiori *de legatis* subjungitur, ut intelligeretur, quæ in totum obligatio esset heredis in præstatione legatorum. De hac parte fuit edictum prætoris ad hanc sententiam: *Si quis omissa caussa testamenti, ab intestato hereditatem, partemve ejus possidebit, aut dolo malo fecerit quo minus possideret, quo legatarii, cæterique quibus ex judicio defuncti aliquid deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, careant iis, quæ sibi relicta sunt: in eum perinde, quasi ex testamento adiisset, cognita caussa, actionem dabo.* Hæc propemodum verba edicti fuisse, arguunt ea fragmenta, quæ juris auctores veteres interpretantur, *sub eodem tit. D.*

Sed singulæ partes facile notabuntur in explicatione edicti, et totius hujus tituli, quam subjicio. Constituitur hoc edicto actio legatorum, seu fideicommissorum nova, et quæ jure civili est incognita. Videndum est, in quem detur, quibus detur, quæ sit actio, et quatenus detur.

1 Hæc † actio in eum datur, in quo quatuor concurrunt. I. Eum esse oportet, qui omisit caussam testamenti, *L.* 1. *in pr. D. h. t.* unde titulus, *Si quis omissa caussa,*
2 *etc.* Omittere † hereditatem maxime is dicitur, qui cum posset ex testamento hereditatem obtinere, vel per se, quia institutus erat; vel per alium, quia institutus erat ejus servus, aut filius, quem in potestate habebat: noluit hereditatem ex testamento habere, quod contingit in extraneis heredibus repudiando; in suis se abstinendo hereditate, aut jubendo, ut is, per quem acquirere potuimus, repudiet, L. 1. *in pr. ver. et nihil refert.* L. 1. §. *prætermittere. D. eo.* Hic volumus non aliter videri omitti hereditatem, quam si quis ideo non adeat, quia noluit, cum posset. Ex quo intelligitur, si quis heres testamento institutus ideo hereditatem non adiit, quia testamentum jure non valuit, non teneri legatariis, quanvis ab intestato defuncti possideat hereditatem, quod scriptum est in L. 2. *h. t.* scilicet quia qui jure non potuit esse heres, non potest dici ex superiore definitione omisisse hereditatem. Edictum autem ad eos solos pertinet, qui omiserunt caussam testamenti. Præterea omittere caussam testamenti etiam dicitur, qui testamento præteritus bonorum possessionem contra tabulas adversus testamentum patris petere potuit. Et ideo placet, si is omissa bonorum possessione contra tabulas ab intestato petat bonorum possessionem, *unde liberi* eum in solidum legata præstare debere, quæ, certis tantum personis deberet, si petiisset bonorum possessionem contra tabulas, L. *quia* 6. §. *pen.* L. *si filius. D. eod.*

Sed quomodo dici potest testamenti caussam omittere, qui ex testamento nihil habuit, quantumvis non petat bonorum possessionem contra tabulas. Item quæro, etiamsi bonorum possessionem contra tabulas peteret, quomodo dici possit caussam testamenti sequi, qui testamento præteritus est? Resp. Hoc ideo responsum est, quia existimatum est non solum bonorum possessionem secundum tabulas esse ex testamento, sed etiam bonorum possessionem contra tabulas, quia neutri locus esset, nisi testamento rite facto. Sunt autem, qui bonorum possessionem petere possunt, non tantum heres tostamento institutus, aut filius testamento præteritus, qui omittere potest caussam testamenti, et ab intestato possidere hereditatem; sed etiam legatarius, cui testamento aliquid relictum est, quod facit tunc, cum dolo malo facit, ut heres scriptus omittat hereditatem, et sic non ex caussa testamenti legatum obtineat ab herede. Itaque placet hoc casu, si is legatarius rogatus sit testamento legatum id restituere, fideicommissa nomine obligari, tanquam qui omissa caussa testamenti possideat hereditatem, vel rem hereditariam, L. 4. §. *quamquam, D. eod.*

Ex hac parte intelligimus, si quis non sit testamento institutus heres, et ab intestato possideat hereditatem, eum legatariis non teneri ex hoc edicto, quoniam non omisit caussam testamenti, qui ex testamenti caussa nihil habuit. Sed hoc est, nisi is, qui ita possidet hereditatem ab intestato, participato cum heredibus scriptis fraudis consilio hereditatem possideat. Nam hunc placuit utili actione teneri, *L.* 1. §. *ult. D. eod.* Et ideo si heres scriptus pecuniam accepit, ut omitteret hereditatem, vel gratis omiserit hereditatem, hoc consilio, ut hereditas ad substitutum, aut legitimum heredem perveniret: hoc casu utili actione a legatariis et fideicommissariis conveniri potest. Utili, idest, non ex verbis edicti, quoniam heres possidet hereditatem, sed non omissa caussa testamenti; verum ex sententia prætoris, seu edicti, quia perinde est, quasi omisisset caussam testamenti, qui hujus omissionis fructum percipit. De herede scriptum est L. 2. 3. 4. *D. h. t.* De substituto est. L. 1. *h. t.*

Non sufficit omisisse caussam testamenti, nisi quis possideat hereditatem, vel partem ejus

ejus, aut dolo malo fecerit, quo minus possideret. Horum igitur alterutrum concurrere oportet. De eo, qui possidet est in L. 1. statim *in pr.* Nihil autem refert, utrum quis possideat hereditatem, an partem, an vero etiam hereditatis rem hereditariam minimam, *L. etsi*, *cum* 3. *seq. D. h. t.* In eadem caussa cum possessore est is, qui dolo malo fecit, quominus possideret; de quo in *L.* 1. *sane interveniente*, §. *seq. D. h. t.* idque ex regula juris perpetui constituitur; secundum quam par caussa est ejus, qui possidet, et ejus, qui dolo desiit possidere, secundum quam eandem regulam semper qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, L. *qui dolo*, *de reg. jur.* Duo dolo facere intelliguntur, quo minus hereditatem ab intestato possideant. Primo et quidem proprie hi, qui ab intestato possidere cœperant; deinde ad alium hereditatem, quam possidebant, transtulerunt volentes scientes, cum ab his hereditas non evinceretur, L. 1. §. *sane interveniente*, vers. *dolo*, *D. h. t.* Deinde hi, qui ab initio malitiose fecerunt, ne hereditatem possiderent, quo ea vel ad substitutum, vel ad heredem legitimum perveniret, L. 1. §. *pen. D. h. t.* Et ideo sive heres scriptus pecunia accepta omisit hereditatem, sive nulla pecunia accepta, sed tantum gratia substituti aut legitimi heredis idem facit: utroque casu actione tenebitur, non utili, sed directa, quoniam dolo fecit, quo minus possideret. De eo qui pecunia accepta emisit hereditatem est, in *L.* 2. *D. eod.* De eo, qui omisit gratia, tantum est in L. 4. *D. eod.* Sed ita, ut ex ea lege non satis aperte colligatur, utrum hoc casu heres omittens hereditatem conveniri debeat; sed satis intelligitur ex eo, quod dolo possidere desiit, et hic generaliter dicitur ex edicto teneri, *d.* L. 1. §. *pen.* Secundum hæc evenit, ut cum heres institutus dolo malo hereditatem omittit, quo ea perveniat ad substitutum, aut heredem legitimum, hoc casu incipere duos teneri ex hoc edicto legatariis; heredem scriptum directa actione, quia omissa caussa testamenti perinde habetur quasi possideret, cum dolo desierit possidere; et præterea substitutum et heredem legitimum utili actione, ut in superiori parte dicimus, et L. 1. *h. t.* comprehensum est.

Ubi tamen monendi sumus, hoc casu prius conveniendum esse et excutiendum possessorem; deinde si ab hoc omnia obtineri non possunt, tum secundo loco perveniendum esse ad eum, qui dolo malo omisit hereditatem. Quæ cautio diligenter notanda est ex L. 2. *D. eod.*

Ex hac parte primum colligimus, si quis omisit caussam testamenti, neque hereditatem possidet, aut dolo malo possidere desiit, hunc legatariis nullo modo teneri, quantumvis alii possideant hereditatem ab intestato. Liberum est enim cuivis hereditatem non adire et implicari hereditariis oneribus, L. *si quis*, *D. eod.* Alterum ex eadem colligimus parte, si heres institutus omissa caussa testamenti non possideat hereditatem, neque dolo fecerit, quo ad alium perveniret, alius vero ab intestato possideat, evenire id quod scribitur *L.* 2. *in fin. h. t.* nempe legata nullo modo præstari debere: non enim tenetur heres institutus, qui omisit quidem caussam testamenti, sed non possidet hereditatem: non etiam is, qui possidet hereditatem; quia neque caussam testamenti prius omisit, cum institutus non esset, neque fraudis consilium participare potuit cum eo, qui dolo nihil fecit.

Ne hoc quidem satis est, omissa caussa testamenti possidere hereditatem, partemve ejus; sed et tertium concurrere oportet, ut quis possideat hereditatem, partemve ejus ab intestato, ut omnia hic rescripta declarant, et est in L. 1. *pr. D. eod.* Ab intestato possidere hereditatem intelligitur qui possidet tamquam heres: nam jure intestati non nisi heres possidet. Sive igitur quis jure legitimo heres erit, ut olim agnati; sive quis bonorum possessionem petierit, ut cognati; sive etiam quis hereditatem nullo jure possideat ab intestato; possideat tamen tanquam heres, quod se heredem contendat, aut heredem esse velit, is est, qui hac edicti parte tenetur, L. 1. §. *non quærimus*, *D. eod.* Quod si quis omissa caussa testamenti possidet rem aliquam hereditariam, sed titulo singulari, velut pro dote, pro empto, pro donato; item quia legatorum servandorum caussa, aut rei servandæ caussa in possessionem rerum missus est, is non tenetur hoc edicto; quia non possidet intestati titulo, sed alio jure, L. *ult.* L. 1. §. *non quærimus*, *D. eod.*

Hic excipitur substitutus, qui participato fraudis consilio cum herede instituto hereditatem possidet; nam hunc diximus utili actione teneri, L. 1. 2. 3. *D. h. t.* Et tamen hic ab intestato non possidet hereditatem, verum ex testamento, nempe ex substitutione. Sed habita ratione institutionis, perinde habetur, quasi ab intestato succederet et obtine-

neret hereditatem; videtur enim magis succedere in locum instituti. Excipiendus præterea est legatarius, de quo supra ex L. 4. §. *pen. D. eod.* Nam hic tametsi omissa caussa testamenti obtineat legatum; tamen non obtinet tanquam heres, sed titulo privato. Ex hac distinctione nata est inscriptio tituli in *D. Si quis omissa caussa testamenti ab intestato, vel alio jure possideat hereditatem.* Qui ab intestato possidet, tenetur, qui alio jure, non tenetur.

Ad hæc omnia et quartum exigitur, ut quis ex hoc edicto legatariis teneatur. Id autem est, ut qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet, id fecerit in fraudem legatariorum, et cæterorum, quibus quid testamento datum est, quo carerent his, quæ sibi relicta sunt, quæ pars indicatur in L. I. *in pr.* sed apertius in §. *sane interveniente*, vers. *dolo*, *D. eod.* Ex quo intellectum est, non teneri hoc edicto eum heredem scriptum, qui sine fraude hereditatem omisit, et ab intestato possidet, ut sibi consuleret, cujusmodi est patronus, si sit a liberto institutus ex legitima portione, sed ea portio legatis sit exhausta, *L. quia autem*, §. *si patronus*, L. *excusatus: D. eod.* Simile exemplum est in filio instituto, quem pater nimium oneravit, in *L. quæsitum*, D. *de acq. her.* Hæc cum in aliquem concurrent, tum is erit, in quem actio ex hoc edicto competat.

3 Cæterum † quibus detur, quarum rerum gratia, quæ actio, et quatenus detur, continetur in his verbis edicti: *Perinde ac si ex testamento hereditatem adiisset.* Quæ verba in edicto expressa fuisse constat, ex *L. si duo*, *et* L. *si dolo*, *D. eod.* Ex his primum intelligitur hanc actionem permitti legatariis, et his, quibus testamento quid datum est. Nam iis teneretur heres, si ex testamento hereditatem adiisset. Ex iisdem verbis intelligimus, non tantum legata ex edicto peti posse, sed etiam salvas esse libertates testamento relictas tam directas, quam fideicommissarias. L. *antepen.* §. I. L. *pen.* L. *de libertatibus*, *D. eod.* Quod et expressum est in L. 2. *in pr. h. t.* Ex iisdem verbis intelligimus, quatenus legatorum, sive fideicommissorum nomine actio detur in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato convenitur. Nec minus ex illis verbis intelligitur, quæ sit actio, et qualis tum in legatariis, tum in heredibus. Seu intelligitur, quatenus detur actio in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet. Intelligimus autem ita dari, ut quemadmodum tenetur possessor legatariis; ita etiam eadem commoda consequatur, quæ habiturus esset, si ex testamento hereditatem adiisset.

Ea autem commoda tria sunt. Primum, quod ei, qui omissa caussa testamenti ab intestato possidet hereditatem, commodum legis Falcidiæ concedatur, ut quemadmodum legata ex hoc edicto præstari, sic ex hac parte edicti ea præstet, retenta quarta ex lege Falcidia, L. *si duo*, §. *ult.* L. *cui*, *D. eod. L. ult. h. t.* Id autem ex eo efficitur, quia si heres ex testamento hereditatem adiisset, beneficio legis Falcidiæ citra controversiam uteretur. Nam ea lex ad heredes scriptos pertinet. Secundum commodum est, quod si duo omissa caussa testamenti ab intestato possidebunt hereditatem, singuli in solidum tenentur legatariis, sed pro ea tantum parte, quam possident, *L. si duo*, *L. si dolo*, *D. eod.* Nam et idem efficeretur, si duo testamento hereditatem adiissent: tenentur enim heredes oneribus hereditariis pro portione tantum hereditaria, *L.* 2. *infr. de her. action.* Tertium commodum est in libertatibus fideicommissariis, et si is, qui omissa caussa testamenti ab intestato possidet hereditatem, servis hereditatem præstiterit ex caussa fideicommissi, hos sibi libertos habeat, *L. penult. D. eod.* Nam et idem juris foret, si ex testamento hereditate adita manumisisset, §. *ult. Inst. reb. per fideicom. relict. sing.*

Sed datur hæc omnis actio non simpliciter, verum caussa cognita, ut est in *L. quia autem*, §. *non simplic. D. eod.* Quibus verbis significatur, prætorem ita actionem dare adversus eum, qui omissa caussa testamenti hereditatem ab intestato possidet, nisi aliqua æquitas suadeat, ne detur, et an sit aliqua æquitas prætorem cogniturum et æstimaturum. His autem verbis contineri intelligimus, neque hanc actionem dari semper in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet, neque dari semper omnibus legatariis.

Ex his, qui omissa caussa testamenti ab intestato possident, non tenentur ex hoc edicto ii, qui facultatem omittendi ex testamento nominatim a testatore acceperunt; quoniam prætori in hoc edicto solum propositum fuit, ut voluntas testatoris servaretur, L. *quia autem*, §. *plane*, L. 5. §. *non simpliciter*, *D. eod.* Item qui cum hereditatem ab intestato cœpissent possidere, ab his postea hereditas evicta est sine ulla adversarii collusione, *d.* §. *non simpliciter.*

Ex legatariis autem excipiuntur ii, qui et ipsi omissa caussa testamenti ab intestato possi-

si

sident hereditatem, utputa heredes instituti sunt Titius et Mævius. Mævio centum legata sunt, ambo omissa hereditate ex testamento, ab intestato possident hereditatem. In hac specie actio non erit Mævio adversus coheredem, denique centum legata non debebuntur, L. *quidam*, *D. eodem.* Idem est si legata sunt data substitutis ab institutis, iidemque omissa caussa testamenti ab intestato possideant hereditatem. Nam hic placet substituto legata sibi relicta ab instituto non deberi, *L. si non solus*, §. 1. *D. eod.* Hujus sententiæ æquitas manifesta est: nam indignus est auxilio edicti, qui ipse adversus edictum committit, *L. auxilium*, *in fin. D. de minorib.*

AD TITU-

AD TITULUM XL.

COD. DE INDICTA VIDUITATE, ET LEGE JULIA MISCELLA TOLLENDA.

Ad L. Legatum. 1.

Imp. Gordianus A. Bono.

Legatum alii sub conditione sic relictum, si uxor nuptui se post mortem mariti non collocaverit, contractis nuptiis conditione deficit: ideoque peti nequaquam potest. PP. XIV. Kalend. August. Gordiano. A. II. et Pompejano Coss.

Ad L. Ambiguitates 2.

Imp. Justinianus A. Joanni. P. P.

Ambiguitates legis Juliæ Miscellæ generali lege tollentes, nullum concedimus fieri juramentum secundum prædictam legem, sed penitus ea una cum Mutiana cautione super hac causa quiescente, licere mulieribus etiam maritorum suorum interminatione spreta, quæ viduitatem eis indicit, et non dato sacramento, procreandæ sobolis gratia tantum ad secundas migrare nuptias, pœna hujusmodi cessante sive habeat liberos, sive non: et ea percipere, quæ maritus dereliquit. Quorum omnium manifestissimum est, dominium minime eas liberis existentibus habere, usufructu tantummodo apud eas remanente, et ad liberos prioris tori proprietate eorum deferenda, secundum ea quæ de secundis nuptiis, et lucris quæ ex his mulieribus obveniunt, statuta sunt: ne ex necessitate legis et sacramento colorato perjurium committatur. Cum enim mulieres ad hoc natura progenuerit, ut partus ederent, et maxima eis cupiditas in hoc constituta sit: quare scientes prudentesque perjurium committi patimur? Tale igitur juramentum conquiescat, et lex Julia Miscella cedat cum Mutiana cautione super hoc introducta, a nostra republica separata. Augeri etenim magis nostram rempublicam, et multis hominibus legitime progenitis frequentari, quam impiis perjuriis affici volumus: cum satis esse inhumanum videatur, per leges quæ perjuria puniunt, viam perjuriis aperiri. Dat. X. Kal. Mart. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis. VV. CC.

Authent. *Cui relictum.*

Cui relictum quid fuerit a conjuge, vel a qualibet persona ne secundas ineat nuptias: intra annum quidem non petat, nisi spes nuptiarum deficiat: post annnm vero capiat, præstita cautione rei cum fructibus restituendæ, si contra fecerit. Pro re immobili juratoria cautio fiat cum hypothecis: pro mobili (si persona sit idonea) eadem sit cautio: alioqui et fidejussor exigitur, si præstari potest. Contractis nuptiis res data vindicari potest: quod sic admittitur, ac si ei relictum vel ordinatum non esset.

Ad L. Legem Juliam 3.

Idem A. Joanni *præfecto prætorio.*

Legem Juliam Miscellam quemadmodum in fœminis sustulimus, ita et in masculis esse sublatam, pertinere quidem ad sensum nostræ legis, quam super hoc promulgavimus, non est incertum, ne tamen quædam ambiguitas simpliciter animos moveat, etiam expressim sancimus legem Juliam Miscellam, et senatusconsultum quod circa eam factum est, necnon Mucianam cautionem; quæ super talibus nuptiis introducta est, non solum in fæminis, sed etiam in masculis cessare. Sed quia apud Ulpianum in libris Sabinianis invenimus quædam verba, quæ effugiunt legis Miscellæ observationem: ne quis et ea sublata esse putaverit, sancimus, cum hujusmodi verbis mulieribus aliquid relinquatur, *si vidua erit*, vel *quoties vidua erit*, vel *cum vidua erit*: vel e centrario maribus, *si amiserint uxores*: vel *quando ad cœlibatum pervenerint*: non vetari ea vindicare, vel legitimo modo sumere, quæ eis derelicta sunt. Neque enim ut permaneant vel fœminæ in viduitate, vel masculi in cœlibatu, videtur esse relictum: ut locum ante nostram legem habeat lex Julia Miscella, quæ jam perempta est: sed cum primum hoc evenerit, ilico competat talibus personis ejus quod relictum est persecutio: quia sub conditione relictum esse videtur, sive semel, sive in annos singulos hæc liberalitas fuerit conscripta quasi pro solatio suæ tristitiæ. Dat Kalend. Novemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis. VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Non omnes conditiones pro scriptis habentur.*
2. *De legato indictæ viduitatis.*
3. *Cautio Mutiana.*
4. *Conditio viduitatis an pro scripta habeatur.*

LEgatum sub conditione recte relinquitur, ut non aliter debeatur, quam si conditio exstiterit, L. 1. *de cond. et demonst.* Quædam † tamen conditiones
1 excipiuntur, quæ adjectæ legato pro non scriptis habentur, nimirum impossibiles conditiones, L. *obtinuit*, *de cond. et demon.* In his, quæ sunt contra leges numeratur hæc conditio, quæ viduitatem alicui injungit, cum ita alicui legatur, *mulieri, si non nupserit*: *viro, si uxorem non duxerit.* Et ideo legatum sub hac conditione relictum, et nubenti mulieri et viro uxorem ducenti nihilominus debetur, quasi conditione non adscripta. Idque lege Julia Papia de maritandis virginibus effectum est, ut liqueat ex L. *cum ita legatum*, *et* L. *h.. modo seq.* et earum legum inscriptionibus, L. *dum tale*, §. *si arbitratu*, *de condit. et demonstr.*

Hac conditione † injungitur viduitas proprie, cum hæc conditio refertur in personam 2
ipsius legatarii, hoc modo: *Titiæ*, *si non nupserit*, vel, *Titio si uxorem non duxerit*, *heres meus centum dato.* Nam legatarius spe legati movebitur, ne vel nubat, vel uxorem ducat. Itaque constitit hoc legatum spreta conditione deberi, dicta L. *cum ita* L. *et* L. *sequen.*

Idem dicendum est, si conditio viduitatis collata sit in personam alterius, sed ejus, qui sit in potestate legatarii, hoc modo: *Titio patri heres meus centum dato, si filia, quam is*

is in potestate habet, non nupserit. Nam hoc casu ut pater legatum consequatur, facile perficiet, ne filia nubat.

Idem juris est, si conditio conferatur in personam alterius, sed ad quem legatum postea perventurum est, hoc modo: *Filio illi filiusfamilias heres meus dato, si pater ejus non duxerit uxorem*; hic propter spem legati injungitur viduitas patri, qui ut legatum per filium consequatur, uxorem non ducet, quo filius prius ad legatum perveniat. Ideo placet in duabus his speciebus posterioribus, conditionem viduitatis pro non scripta esse, et legatum statim capi posse, *L. heres meus, §. ult. D. de condit. et demonst.* Quoties autem conditio confertur in personam alterius, quam legatarii, et is, in quem confertur, plane extraneus est, placet legatum conditionale esse, veluti; *Titio heres meus dato, si Sempronia non nupserit*, placet in hac specie, et Sempronia nubente nihil deberi, et non nubente nihil deberi, priusquam constiterit illam amplius nubere non posse, puta quia mortua sit, quod in L. I. *h. t.* scriptum est, hac ratione, quia hujusmodi conditione in personam alterius extranei collata, nulla viduitas injungitur, propter spem et commodum legati. Nam et Sempronia nihil unquam ex legato consequitur, utpote, cui legatum non est, et ob hanc caussam non potest dici propter commodum legati inductam viduitatem.

Hoc jus ex lege Papia ad omnes ejusmodi conditiones pertinuit, sive quibus prohiberentur primæ nuptiæ, sive secundæ, et ideo si maritus uxori suæ testamento aliquid legasset, si ea ad secundas nuptias non transiret, nihilominus ex lege Julia uxor postea nubens legatum consequeretur: quoniam conditio viduitatem injungeret; at ejus generis conditiones omnes ex eo genere improbantur, *d. L. cum ita legatum, de cond. et dem. L. mulieri, et Titio, D. eod.*

Sed in hac parte secundarum nuptiarum postea nonnihil jus variavit L. Juliæ Miscellæ, qua quid caveretur, exposuit Justinian. in Novell. *de nup. §. quæ vero.* Erat autem legis hæc sententia: *Si maritus sub conditione superiori aliquid uxori legaverit, uxorem nihilominus intra annum, quo diceret se velle nubere, et legatum peteret, legatum esse consecuturam, etiam spreta conditione et interdictione mariti; si modo prius uxor juraverit, se ad secundas nuptias transire liberorum procreandorum caussa. Quod si post annum legatum peteret, uxorem nubentem nihil consequi; si nondum nupsisset, ita legatum consequi, si interponeret Mutianam cautionem, idèst, si caveret heredi, se, si nupsisset, postea legatum cum fructibus esse restituturam.* Hæc enim † cautio est Mutiana, quæ ab 3
omnibus legatariis exigitur, quæ exigitur sub conditione, si ipse aliquid fecisset, *L. Mutiana, D. de cond. et dem.* Hanc legem postea sustulit Justinianus L. 2. *h. tit.* Qua lege veterem legem Juliam Papiam in totum revocavit. Constituit † enim, ut conditio vi- 4
duitatis, et quæ prohiberet secundas nuptias pro non scripta haberetur, non minus, quam si prohiberet tantum primas: qua lege effectum est, ut uxor, cui ita legatum est, ut diximus legatum capere possit, etiamsi nubat, nec juret, quo animo nubat. Proinde ab ea uxore non exigi cautionem ullam Mutianam de legato restituendo, si postea nupsisset. Et quod Justinianus constituerat in legato uxori relicto, *si uxor ad secunda vota non transiret*, idem postea alia constitutione constituit in legato, quod uxor marito dedisset, sub conditione hac, *si maritus iterum uxorem non duceret*, quæ est L. *ult. h. t.*

Sed idem Justinianus in *Novell. de nupt. §. quæ vero.* non modo revocavit L. Juliam Miscellam, sed etiam in eo loco, quod prius constituerat circa ejus legis emendationem, mutavit et constituit, ut conditione adscripta, quæ viduitatem a secundis nuptiis injungeret legatum, uti cætera legata valeret; nec rejici conditionem, non solum si maritus leget uxori, si uxor ad secundas nuptias non transierit, aut contra uxor marito leget sub hac conditione, si maritus uxorem non duxerit; sed etiamsi quivis extraneus sub ea conditione, quæ secundas nuptias prohibeat, leget vel mulieri, vel viro. Et ideo si mulier iterum nubat, aut vir iterum uxorem ducat: placet legatum non deberi, cujus conditio defecerit. Quod si neque mulier nupserit, neque vir iterum uxorem duxerit; placet petentibus legatum permittendum esse; sed interposita prius cautione Mutiana, qua caveant legatarii, se legatum restituturos, si ad secundas nuptias transierint; voluitque Justinianus ad cautionem etiam adjici jusjurandum, aut hypothecam, aut fidejussores pro ea distinctione, quam ex verbis constitutionis licet cognoscere.

Hujus constitutionis fragmentum et sententia relata est in *Auth. cui relictum. h. tit.* qua derogatur *et L. ambiguitates*, et *L. ult. hic.* Quapropter post hanc constitutionem Justiniani nova hæc distinctio inducitur circa hanc conditionem, *si vir non uxorem duxerit, si mulier non nupserit*, ut multum inter-

tersit, utrum hæc conditio conferatur in personam ejus, qui nunquam in matrimonio fuerit, ut sic conditione prohibeantur primæ nuptiæ, an vero conditio conferatur in personam ejus, quæ aut est, aut fuit in matrimonio, ut sic conditione secundæ prohibeantur nuptiæ. Posteriore casu conditio recte adjicitur, nec differt a cæteris conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, *ex Novell.* Justiniani. Priore autem casu jus antiquum manet, de quo initio hic dictum. Illa pars L. *ult. h. tit.* diligenter notanda est, qua docemur multum interesse inter has conditiones, *Si vidua erit, vel cum erit, vel quando erit, et lego Titiæ, si non nupserit.* Nam priore conditione non injungitur perpetua viduitas secundis, aut tertiis nuptiis, sed sufficit mulierem tunc esse viduam, cum dies legati cedit. Verum est enim, si vidua est, extitisse conditionem. Hac autem conditione: *si non nupserit*, non exigitur solum, ut non nupserit tunc, cum legatum petit, sed ne omnino nubat, quo fit, ut illa postea nubente legatum revocetur, si prius acceperit.

AD TITU-

AD TITULUM XLI.

COD. DE HIS, QUÆ PŒNÆ NOMINE IN TESTAMENTO, VEL CODICILLIS SCRIBUNTUR, VEL RELINQUUNTUR

Ad L. Supervacuam. 1.

Imp. Justinianus A. Mennæ *præfecto Prætorio.*

Supervacuam observationem veterum legum, per quam testatorum voluntates ad effectum duci impediebantur, amputamus, præcipientes nullum valere, dicendo pœnæ nomine quædam esse relicta vel adempta in supremis testantium voluntatibus, eas infirmare: sed licere testandi pro implenda sua voluntate vel pecunias dari præcipere, vel aliam pecuniariam pœnam inferre quibus voluerit, tam in adimendis hereditatibus vel legatis vel fideicommissis vel libertatibus, quam in præcipiendo ad alias personas eas transferri ab eo cui relicta ab initio sunt, vel aliquid aliis ab eo dari, si minus dispositionibus suis heres vel legatarius vel libertate donatus paruerit. Quod si aliquid facere vel legibus interdictum, vel alias probrosum, vel etiam impossibile jussus aliquis eorum fuerit: tunc sine ullo damno, etiam neglecto testatoris præcepto, servabitur. Dat. Kal Jan. Constantinop. D. N. Justiniano. A. PP. II. Coss.

SUMMARIA.

1. Legatum *pœnæ an et quatenus valeat.*
2. *Pœnæ nomine quando aliquid relinqui intelligatur.*
3. *Quicquid fit invitandi delicti caussa turpe est.*
4. Legata *turpia nullius sunt momenti.*
5. *Pœna subjecta præcepto impossibili cur non valeat.*
6. *Conditio impossibilis legato adjecta pro non scripta habetur.*

Inter cætera legata, quæ vel propter conditionem rei legatæ, vel propter personas, quæ legant, aut quibus aut a quibus legatur, vel propter observationem in legando, vel propter finem legati non valent, unum genus fuit, cum scilicet pœnæ nomine aliquid relinquitur, de quo genere hic. Quod
1 pœnæ caussa legatur † et vel adimitur, vel transfertur, olim quidem ante hanc constitutionem in totum nullius momenti erat. Ex hac constitutione hactenus non valet, si testator jussit aliquid impossibile, vel legibus interdictum, vel turpe, et nisi fieret, pœnam adjecit, dum vel aliquid legat ab eo, qui non fecit, vel quod ei legarat, adimit, aut in alium transfert. Res explicatur pluribus in §. *ult. Inst. de legat.* Pœnæ † nomine relinqui aliquid intelligitur, cum testator 2
heredem, legatariumve aliquid facere jubet, vel non facere, et pœnam adjicit, si adversus voluntatem suam fecerit, et hanc pœnam legat alii. Exempli caussa: *Heres meus Stichum servum meum exportato, si non exportarit, Titio centum dato.* Idem; *heres fundum illum ne alienato, si alienarit, Titio decem dato.* Pœnæ caussa adimi intelligitur in iisdem exemplis, si dicit testator; *Titio servo fundum Tusculanum do, lego: Titius servum Stichum exportato; si non; ei quod dedi, non do; vel quod ei dedi, Sempronio do, lego,* ubi priore casu legatum adimitur, posteriore transfertur, utrumque

que pœnæ caussa. Congruit Justinianus in *d.* §. *ult.* cum ait, pœnæ caussa relinqui, cum *relinquitur coercendi heredis, vel legatarii caussa, quo magis aliquid faciat, vel non.* De hoc genere igitur hoc jus fuit, ut quanvis testator possibile aliquid jussisset, nec turpe, nec illicitum: tamen quicquid pœnæ caussa legasset, aut ademisset, aut transtulisset, ob id, quod heres vel legatarius præcepto testatoris non paruisset, placebat nihilo magis legatum, aut ad ademptionem, aut ad translationem valere. Rationes non ineptas reddidit Theophilus in *d.* §. *ult.*

Justinianus in hac specie contrarium hac lege statuit, et rationem habet; quia non minus in hac parte voluntas testatoris servanda fuit, quam in cæteris, ubi voluntas moribus simul et legibus naturæ non adversatur. Congruit hoc cum lege veteri: *uti quisque legassit, L.* verbis legis, *de verb. signific.* Itaque hoc jus in hac parte dubitationem habere non debet: sed illud in hac ipsa parte dubitationem habet, quod Justinianus ait; Antea prioribus legibus pœnæ caussa legatum in totum non valuisse: quod et ante scriptum in *d.* §. *ult. Instit. de legat.* Hoc refelli videtur partim exemplis, præsertim duobus; partim certis locis in contrariam partem scriptis. Nam primum inter veteres interpretes constitit hoc legatum valere: *Heres meus filiæ penum dato, si penum non dederit, Titio* 10. *dato. L.* 1. de pen. leg. L. 1. §. *cum ita, D. ad leg. Falc.* L. *cum sine*, L. *si penum, D. quando dies legat. ced.*

Et tamen ex definitione superiori videntur hic 10 relicta esse pœnæ caussa. Adjicitur enim coercendi heredis caussa, *si penum non dederit.* De hac quoque specie veteres non dubitarunt, quin multa utiliter injungerentur: *Heres meus monumentum arbitratu L. Titii ædificato, vel ad illam formam ædificato, si non ædificaverit, Sempronio* 100. *dato*, L. multa 6. *in pr.* L. *in testamento*, *D. de condit. et demonst.* Hanc multam adjici fatemur, dicta L. *multa, de cond. et dem.* Postremo in L. 1. D. *h. t. de his, quæ pœnæ nomine relinq.* definitio eadem traditur, quæ in hac constitutione Justiniani, nempe, *in pœnam relictum nullius esse momenti, si illicite, aut probrose datum sit.* Qua conditione declaratur, si quid illicite, aut probrose non sit jussum, etiam tunc valuisse, cum ejus legis auctor id scribebat.

Ad hjus rei explicationem diligenter cavebimus, ne idem respondeamus, quod Bartolus et alii interpretes, qui fingunt ab initio pœnæ caussa legatum non valuisse, ut hic scriptum est: sed temporibus Jureconsultorum ante constitutionem hanc Justiniani jus secundum invaluisse, quo placet ejusmodi legatum valere. Refragatur huic constitutioni manifeste: nam secundum superiorem sententiam nihil emendaret Justinianus in veteri jure, quod contra se facere initio profitetur, et apertius in *d.* §. *ult. Inst. de legat.* Nec vero est, quod dubitemus, ante tempora Justiniani pœnæ caussa legatum non valuisse. Primo id generaliter scriptum est in *d.* §. *ult. Instit. de legat.* Convenit autem inter eruditos eas institutiones magna ex parte sumptas esse ex Institutionibus Caji. Idem confirmatur fragmentis Ulpiani *tit. de legat.* Sed præcipue id demonstratur in L. *si ita legatum* 12. *de condition. et demonstr.* ubi in specie, quæ illic proponitur, respondetur, legatum valere, et additur hæc ratio, quia in legato caussa addita est, non pœna. Hac ratione declaratur; si legatum pœnæ caussa datum esset, futurum fuisse, ut legatum non valeret. Non adversantur huic sententiæ ea exempla, quæ retulimus. Quod ut intelligatur, sciendum, cum dicimus pœnæ caussa legari, intelligimus de eo quod coercendi heredis caussa legatur. Quod probatur ex edicto de deposito. In eo proponitur actio inter cætera *de iis, quæ tumultus, sive incendii caussa deposita sunt.*

Hæc verba Ulpianus sic interpretatur, eum saltem videri incendii vel tumultus caussa deposuisse, qui nullam aliam caussam deponendi habuit, quam imminens ex his caussis periculum, L. 1. *in pr. et* §. *eum tamen*, *depos.* Hinc consequens est, non videri legatum esse pœnæ nomine, siquidem testator jussit aut legatarii caussa, aut sua ipsius caussa. At legatarii caussa totum hoc legatum comparatum est, *Heres meus uxori penum dato, si non dederit*, 100. *dato.* Hoc autem comparatum est testatoris caussa, *Heres meus mihi monumentum ædificato, si non ædificet*, 100. dato. Quare secundum superiorem definitionem in utraque hac specie non proprie pœnæ caussa legatum videri debet, ut non sit mirum, si veteribus in utraque specie multa recepta fuerit.

Quod attinet *ad* L. 1. *de his, quæ pœn. nomin.* non dubium est, quin locus interpellatus fuerit a Triboniano. Nam verba, quæ sunt in hac constitutione, eo translata sunt; et præterea non satis apte dicitur, cum quid *probrosa*, aut *illicite* juberetur, et nisi fiat, adjicitur pœna. Non proprie dicitur, inquam, pœnam adjici *probrose*, aut *illicite.* Sed ut locum

locum tanquam ab Africano scriptum accipiamus, tamen non probat cætera legata pœnæ nomine relicta olim non valuisse. Fatemur enim, quod *illicite* pœnæ nomine relictum est, non valuisse, ut illic scribitur: sed non ideo recte colligitur, valuisse cætera, quæ eodem modo relicta sunt. Argumento est, quod etiam omnibus temporibus et nunc impossibilis præcepti pœna adjecta non valet: quam tamen nemo dixerit, illicite, aut probrose adjici. Verum est igitur, quod Justinianus *hac in L.* profitetur, in totum pœnæ caussa legatum datum olim non valuisse, id jus se hic primum emendasse, ut hujus generis legata itidem valerent ut cætera.

Excepit Justinianus, ea legata pœnæ nomine relicta tunc, cum prius testator jussisset aliquid vel impossibile, vel legibus interdictum vel probrosum. Impossibilis præcepti exemplum hoc est, *heres meus Stichum* (*qui mortuus erat*) *intra triduum*, *quam moriar*, *in judicio sistito*, *si non stiterit*, *Titio* 100. *dato.* Homo mortuus sisti non potest, igitur hoc inutiliter præcipitur, quia impossibilibus pœna subjecta non debetur. Hoc idem fieret in stipulatione, si quis stipulatus esset hominem mortuum sisti, et nisi sisteretur, adjecisset pœnam, L. *si homo*, *de verb. oblig.* Præcepti legibus interdicti exemplum est: *Heres meus sororem suam uxorem ducito*, *si non duxerit*, 100. *dato.* Probrosi et turpis præcepti hoc: *Heres meus patrem suum domo ejicito*, *si non ejecerit*, *Titio* 100. *dato.* In his impune heres et sororem suam non ducet, et patrem domi retinebit. Cur autem illicito, vel turpi præcepto pœna subjecta non debeatur, ratio in promptu est: quoniam ut præceptum, sic et pœna illicita est et turpis, quoniam adjicitur invitandi et promovendi delicti caussa, quo magis heres velit ea peccare, quæ testa-
3 tor jussit. Quicquid † fit invitandi delicti
4 caussa, turpe est L. 5. *de dot.* Omnia † legata turpia nullius sunt momenti, *L. turpia*, *de legat.* 1. Similiter, ut omnes turpes stipulationes, L. *generaliter*, *cum* L. *seqq. de verb. oblig.*

5 Sed † cur impossibili præcepto pœna subjecta non valeat, quæritur, ut in exemplo proposito, *si heres hominem mortuum non stiterit*, 100. *dato?* Dubitationis caussa est, quia hoc legatum neque impossibile, neque turpe est, ut superiora, nam 100. natura dari possunt, et si dabuntur, nullam ea res turpitudinem continet, neque futuram, neque præteritam, quia heres ad delinquendum non invitatur. Quod si ita est, idem videtur de eadem specie legati statui debuisse, quod de cæteris omnibus legatis puris. Dicendum est ideo, præcepto impossibili pœnam subjectam non deberi, quia et ipsa pœna est impossibilis. Possunt quidem 100. natura præstari, sed non possunt præstari ut pœna, ex definitione pœnæ.

Nam pœna est culpæ et delicti coercitio, ut ubi delictum non est, ibi nec pœna esse possit, *L. aliud est fraus*, *de verb. sig.* Porro nullum delictum est in eo, nulla culpa, qui non fecit, quod per rerum naturam fieri non poterat. Proinde nec ibi pœna esse potest hujus facti coercendi caussa. Et hæc vera ratio est, cur pœna impossibili stipulationi subjecta non magis valeat, quam impossibili præcepto, dicta *L. si homo*, *de verb. oblig.* Sed huic parti opponitur L. *impossibilis*, *et L. in illa seq. de verb. oblig.* ubi placet, hanc stipulationem valere, et præsentem esse, *si in cœlum non ascendes*, 100. *debebis.* Et merito hæc stipulatio recepta est, quia nullam conditionem impossibilem habet, et si quam conditionem habet, ea etiam statim exstitit. Certum est enim, promissorem ascendisse in cœlum, neque quandiu in hoc corpore vivit, ascensurum: illi autem stipulationi hæc stipulatio similis est, *si hominem mortuum non stiteris*, 100. *debebis.* Quod si hæ stipulationes valent, multo magis propter voluntatem supremam defuncti valebit hoc legatum, *si hominem mortuum non stiteris*, 100. *debebis.* Quod si hæ stipulationes valent, multo magis propter voluntatem supremam defuncti valebit hoc legatum, *si hominem mortuum non stiteris heres*, 100. *dato.* Respondeo: ideo hæc stipulatio valet, *si in cœlum non ascenderis*, aut *si hominem mortuum non stiteris*, 100. *dabis.* Quia stipulatio incipit a conditione. Hæc autem conditio non est conditio, aut si est, nihil impossibile continet. Proinde idem in legato dicemus, legatum hujusmodi valere, *heres meus si cœlum non ascenderit*, vel *si hominem mortuum non stiterit*, 100. *dato*, ubi scilicet legatum incipit a conditione.

Sed longe diversum est, ubi stipulatio superioris pœnæ incipit a stipulatione præcedente rem impossibilem continente, hoc modo, *hominem mortuum sistes*, *si non stiteris*, 100. *dabis.* Nam hoc casu neque prior stipulatio valet, quia est impossibilis, neque sequens stipulatio pœnæ, quia et ipsa pœna impossibilis est. Estque ea species dictæ L. *si homo*, *de verb. sig.* qua ratione et legatum pœnæ ejusmodi hac constitutione improbatur. Differentiæ ratio non est obscura: quia

cum

cum a principio stipulatur 100. si in cœlum non ascenderis, non potest dici hæc stipulatio ullam pœnam continere, ubi prius jussus non es, aut non promisisti in cœlum ascendere. Est enim pœna: cum adjicitur aliquid coercendi promissoris caussa, si id non fecerit, quod prius jussus erat: at ubi prius jussus est, et nisi fecerit quod jussus est, adjicitur, ut præstet aliquid: tunc demum, quod adjicitur, pœnam esse dixeris. Cæterum ubi jussus nullus testatoris præcesserit, ut id, quod in conditione erat, fieret, non dubitamus, quin legatum valeat. Jussum impossibilem præcedere debere, ut pœna subjecta non valeat, evidenter probatur verbis hujus constitutionis, illic, *si minus disp. et præterea in* vers. *extremo.*

Accursius eidem parti opponit §. *impossibilis*, *Institut. de hered. institut.* L. *obtinuit*, *de cond. et demonstr.* ubi traditur, condi-
6 tionem † impossibilem legato adjectam pro non scripta haberi, et nihilominus legatum valere, in quo explicando valde sudat, quo nihil est ineptius. Hæc enim conditio, *si heres in cœlum non ascenderit*, vel *si heres hominem mortuum non stiterit*, non modo possibilis est, sed etiam necessaria natura. Non enim tantum fieri potest, ut quis in cœlum non ascendat, sed et necesse est ita evenire, quandiu hic versamur in hoc corpore. Non est ergo mirum, si hic conditio, ut non impossibilis, retinetur. Cur autem retenta legatum vitiet, diximus.

Idem opponit *L.* 12. *si mihi et tibi*, §. 1. *de legat.* 1. ubi si quid testator impossibile jubeat, impossibili detracto, nihilominus legatum valere in hoc exemplo: Testator moriens testamento Romæ facto jussit heredem suum biduo, postquam moreretur, servos dare, quos Gadibus habebat, placet servos deberi, etiamsi intra eas angustias præstare id non possit. Respondeo: idem et in hoc legato fit, de quo hic agimus: nam cum testator jubet impossibile quid fieri, pro non scripto est. Quod ad pœnam huic præcepto subjectam attinet, non aliam ob caussam eam improbari dicimus, quam quod et ipsa est impossibilis, ut docuimus.

AD TITU-

AD TITULUM XLII.

COD. DE FIDEICOMMISSIS.

SUMMARIA.

1. *Fideicommissi definitio.*
2. *Fideicommissum unde dictum.*
3. *Fideicommittere quid.*
4. *Fideicommissum quid differat a legato.*
5. *Prætor fideicommissarius Romæ quis.*
6. *Quot et quibus modis olim differebant legata a fideicommissis.*

1 Fideicommissum † est id, de quo post mortem nostram præstando quis rogatus est. Intelligitur definitio hæc *ex pr. tit. de fideicomm. her. Instit.* Fideicommissum
2 † dictum, quoniam committebatur fidei vel heredis, vel legatarii, ut præstaret. Rogando id fit, quod indicant verba fideicommissi, quæ referuntur *in* §. *ult. Inst. de sing. reb. etc. L.* 2. *infr. com. de leg.* Unde precariis verbis aliquid relinquere, est fideicom-
3 mittere seu † relinquere per fideicommissum, et fideicommissaria voluntas dicta est precaria voluntas, *L. coheredi*, §. *cum filiæ*, *circa med. de vulgar.* L. 2. *inf. com. de legat. L. cum proponebatur*, *de legat.* 2.

4 Differt † fideicommissum a legato, verbis, differebat olim et jure. Differt verbis, quoniam legatum legis modo relinquitur, ut est *in fragmentis Ulpiani tit. de legat.* Legis modo relinqui dicitur, quia vel testator ipse dat, et se dare dicit, vel jubet heredem dare, vel jubet legatarium capere, et sibi habere, ut declarant species legatorum relatæ *in* §. 1. *Instit. de legat.* Hæc autem tria sunt propria legis, jubere, vetare, permittere, *L. legis*, *virtus de legib.* Fideicommissum autem precariis verbis relinquitur, et, ut loquitur Ulpianus *in fragm. tit. de fideicom.* relinquitur precativo modo. Hinc juris differentia a principio nata est: nam legatum valuit, quoniam lex 12. tabularum jubebat ratas esse supremas voluntates testantium de legatis conceptas, his verbis, *uti quisque legassit*, etc. *L. verbis legis*, *de verb. sig.* Fideicommissum autem a principio nullam necessitatem juris habuit, sed ut secundum verba committebatur fidei heredis, ita ex fide sola heredum pendebat, ut declaratur *Institut. de fideicom. her. in pr.* Sed tandem et fideicommissa obtinere cœperunt, ut *ibidem* scriptum est; id tamen ita factum est, ut de his esset persecutio solum extraordinaria, L. *pecuniæ verbum*, §. *actionis*, *de verb. sig.* Extraordinaria hæc persecutio dicta est, quia comparata est præter morem et ordinem in cæteris actionibus usitatum. Nam in cæteris actionibus exercendis ita mos erat jurisdictionis, seu prætorum in judicando, ut prætores, etsi poterant ipsi cognoscere et judicare, tamen cognoscere non solerent, sed judicium et judices darent litigantibus: qui judices ex formula prætoris de re cognoscerent et judicarent. Indicant edicta prætorum, quibus prætores pollicentur, se actiones daturos. Probat ea sententia, quæ est in L. 3. *de jurisdict.* cum *judicis dandi licentia* dicitur esse *jurisdictio*, cujus hic est sensus, *Judicem dare licere*, *esse partem jurisdictionis*, *ut is*, *qui jurisdictione præditus est*, *pro jurisdictione sua possit judicem dare.* Atque hic ordo in judiciis exercendis et juridicundo usitatus erat.

Quod si prætor cognoscere cogebatur, hæc cognitio, quia erat præter ordinem usitatum, ex re ipsa dicta est extraordinaria cognitio. Hujus generis fuit cognitio de fideicommissis: nam prætor ipse de fideicommissis cognoscebat, non judicem dabat. Ejus rei caussa proprius † prætor Romæ creatus est, qui 5
fideicommissarius dicebatur L. 2. §. *capta*, *de orig. jur.* Hoc est, quod legimus in fragmentis Ulpiani *tit. de fideic.* fideicommissum non peti per formulam, idest, actiones vulgares et usitatas, sed hujus cognitionem esse Romæ quidem consulum et prætoris, qui fideicommissarius dicitur: in provinciis autem præsidum provinciarum. Interim hac persecutione constituta effectum est, ut vim fideicommissa haberent non minus, quam legata. Ex quo effectu illa nata sunt, ut fideicommissa dicerentur esse vice legatorum, seu nomine legati contineri, L. *fideicommissa*, *de legat.* 3. Hinc et illa formula, qua utitur Scævola: *legaverat aliquid per fideicommissum*, L. uxorem §. *legaverat*, *de legat.* 3. Quod ita dictum esse apparet, quasi legare

gare idem sit generaliter, quod relinquere, cujus relicti sunt duæ species: una, cum per legatum relinquitur: altera cum per fideicommissum.

Et res ita habebat, fideicommissa effectu pro legatis erant; sed nihilominus etiam hac persecutione constituta differentiæ manserunt inter legata et fideicommissa apud veteres.
6 Differebant autem † legata a fideicommissis, et in actionibus, et in viribus utriusque relicti. In actionibus plus tributum erat legatis quam fideicommissis. Nam legata olim variis actionibus consequi licebat, *L. cum filius*, §. *variis, de legat.* 2. nempe actione in personam ex testamento, et actione in rem, ubi res testatoris fuisset, et actione hypotecaria, ubi legatarius missus esset in possessionem bonorum legatorum servandorum caussa, de quibus dicitur ad *L.* 1. *infra, commun. de legat.* Fideicommissa autem, quia præstabantur tantum de manu heredis seu lagatarii, unde relinquebantur, §. *pen. Institut. de singul. reb. per fideicomm. relict.* ideo intelligimus recta dominium in fideicommissarium non transiisse, sed peti debuisse ab herede, ut transiret. Proinde unam tantum actionem in personam fuisse, non etiam in rem.

In viribus autem utriusque relicti differentia hæc erat, quod fideicommissa, quia non nascebantur ex utilitate et subtilitate legis, ideo plerunque et benignius accipiebantur, quam legata, §. *sed non usque, Institut. de legat.* Ex hoc fonte quinque differentiæ natæ erant. I. Quod legatum testamento solum relinqui poterat, non etiam codicillis, nisi codicilli ad testamentum pertinerent: fideicommissum relinqui poterat et testamentis et codicillis, §. *præterea, Institut. de fideicom. heredit.* I. Differentia ex hoc nata est, quoniam ut legata constituta sunt lege 12. tabularum, ita convenire putabatur, ut legatis ejusdem juris solemnitas servaretur; solemnitas autem fuit in testamentis, non in codicillis. Fideicommissa cum ex jure non essent, subtilitas juris civilis in his negligebatur. II. Differentia est, quod legata a solo herede relinqui poterant, non etiam a legatario: fideicommissum autem et ab herede relinqui potuit, et a legatario, nec non fideicommissario, *Instit. in pr. de sing. reb. per. etc.* Differentia hæc ex verbis legis 12. tabularum nata est, quæ potestatem facit legandi de suo: is autem legare videtur de suo, qui ab herede legat, quia heres intelligitur eadem persona cum defuncto, *Novell. de jur. a mor. præstit. in med.* Quod autem a legatariis relinquitur, id de alieno relinqui certum est. Sed hæc ratio contempta est in fideicommissis, quia etiamsi fideicommissum de alieno relinquatur, tamen æquum est, quatenus quisque a nobis accepit, eatenus eum nobis obligari.

III. Differentia erat, quod post mortem heredis legari non poterat, fideicommissum relinqui poterat, §. *post mortem, Inst. de legat.* Differentia hæc nata est ex regula juris civilis, qua efficiebatur, actiones ab heredibus et contra heredes incipere non posse, *tit. ut actiones ab heredib. supr.* Hæc regula, ut juris veteris erat, ita in legatis ex jure nascentibus servabatur, non ita in fideicommissis.

IV. Differentia erat, quod legari non poterat ante heredis institutionem, quasi quæ esset caput et fundamentum testamenti, §. *ante heredis, Institut. de legat.* At fideicommitti poterat, ut ex *eodem* §. colligitur, quia de legato tantum illic nominatim scriptum est, sed expresse scriptum est in *fragmentis* Ulpiani, *tit. de fideicom.*

V. Et postrema differentia erat in lingua, ut auctor est Ulpianus *eod. tit.* Nam legata tantum Latine relinqui poterant; fideicommissa et Latina et Græca lingua. Justinianus has omnes differentias, edita constitutione, sustulit, non tantum in actionibus, sed etiam in viribus legati et fideicommissi, L. 2. *infr. commun. de legat.* Ea constitutione, quod legatorum proprium erat, fideicommissis tribuit; et quod fideicommissorum erat, transtulit ad legata. Legatorum proprium erat tribuere plures actiones: Justinianus effecit, ut totidem actionibus fideicommissum peti posset, de quo plenius *titul. infra, communia de legat.* Proprium fideicommissorum erat, ut multis modis fideicommissa valerent, quibus non valerent legata: Justinianus constituit, ut quibus modis fideicommissum utiliter relinquitur, iisdem modis legatum datum valeat. Ita effectum est, ut legari possit in codicillis et a legatario, et post mortem heredis, et ante heredis institutionem, et quacunque lingua, quoniam et his modis fideicommissum datum valet.

Post quam constitutionem in summa fere definiemus, legata esse per omnia exæquata fideicommissis, et fideicommissa legatis, idque ex eo patet, quod totidem verbis legimus L. 1. *de legat.* 1. cujus hæc inscriptio est; *Ulpian.* etc. Unde valde laboratum est omnibus temporibus, quomodo ille locus conciliaretur cum innumeris locis Pandectarum, in quibus utriusque generis differentiam mansisse apparet, et præcipue quomodo conciliaretur cum Justiniani constitutione,

d. L. 1. *inf. cum de legat.* in qua ille profitetur, differentias legatorum et fideicommissorum, non solum fuissse temporibus Ulpiani, sed etiam ad sua tempora mansisse, utpote qui eas hac constitutione sustulit; quæ omnia falsa sunt, si verum est, Ulpiani temporibus per omnia exæquata fuisse legata fideicommissis. Sed ne laboremus, meminisse oportet ejus quod Justinianus scribit *L.* 2. §. *tantum*, *supr. de vet. jur. enucleando*, se potestatem fecisse Pandectarum compositoribus emendandi et mutandi, si quid supervacaneum, vel alienum a suo tempore, vel minus idoneum in veterum scriptis invenissent, et mutata atque emendata etiam sub inscriptionibus veterum juris auctorum in Pand. redigendi fecisse potestatem. Ex quo genere esse dubitare non debemus *d- L.* 1. *de legat.* 1.

Nam cum Ulpianus, ut verisimile est, ex usu et jure suorum temporum scripsisset, legata maxima ex parte exæquata esse fideicommissis, Tribonianus, ea potestate a Justiniano sibi facta, pro illis verbis, *maxima ex parte*, vel similibus, reposuit, *per omnia*, ut in eo serviret constitutioni jam editæ, vel quæ mox promulganda esset. Monendi tamen sumus, hactenus differentias Justinianum sustulisse inter legata et fideicommissa, quatenus ad voluntatem testatoris conservandam natura id fieri potuit: sed ubi id non potest fieri, intelligendum est, etiam veterem differentiam mansisse, quod accidit in libertatibus. Nam si servo libertas directe data sit, deinde ab eo cui per fideicommissum jam relicta erat: ut prior fiat libertus testatoris; posterior heredis, §. *ult. Instit. de sing. reb. per fid.* per rerum naturam fieri nequit, ut idem sit libertus heredis et testatoris. Quapropter et veterem differentiam manere in his libertatibus necesse est.

Ad L. si probaveris 1.

Imp. Antoninus. A.

Si probaveris Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum præstaret eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, idest, non minus in tali caussa triennio, ea præstitisse: ut in futurum quoque ea præstentur, et si qua in præteritum præstita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis. PP. XVII. Kal. Sept. Duobus et Aspris Coss.

Ad L. Etsi. 2.

Idem A. Eupatrio.

Etsi inutiliter fideicommissum relictum sit: tamen si heredes comperta voluntate defuncti prædia ex caussa fideicommissi avo tuo præstiterunt: frustra ab heredibus ejus de ea re quæstio tibi movetur, cum non ex ea ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur, PP. VI. Kal. Aug. Læto II. et Cereale Coss.

SUMMARIA.

1. *Fideicommissum an ex imperfecto testamento et injustis codicillis relinqui possit utiliter.*
2. *Sententia hujus et seq. legis.*
3. *Prima hujus legis sententia.*
4. *Altera hujus legis sententia.*
5. *Tertia hujus legis sententia.*

Conjungenda est cum hac lege L. 2. Utraque enim ad eandem definitionem juris pertinet. Jus ita est: Fideicommissum † ita, ut legatum non relinqui, nisi justo 1 testa-

testamento, aut justis codicillis. Ex imperfecto autem testamento et injustis codicillis fideicommissum inutiliter relinquitur, ac proinde inutiliter relictum non debetur, L. *et in epistola. inf. eod.* Interdum tamen, quod ita inutiliter relictum est, voluntate heredis confirmatur, ut non minus valeat, quam si utiliter esset relictum. Id contingit, cum heres, a quo fideicommissum relictum est, sciens a se relictum, sponte sua agnoscit volunta-
2 tem et judicium defuncti: quæ † sententia est harum legum. Qui voluntatem defuncti agnoscit in fideicommisso, quanvis inutiliter relicto, fideicommissum confirmat, ut sive præstiterit, repetere non possit, L. 2. *h. t.* sive nondum quicquam præstiterit, nihilominus ad præstandum obligetur, quæ sententia expressa est in *L. non dubium*, *in fin. sup. de testam.* Eadem sententia est *L.* 1. *h. t.*

Voluntatem defuncti intelligitur agnoscere heres, aut aperte, cum se eam agnoscere profitetur, et legatum præstare velle: in quo an sola voluntas sufficiat, an vero cautio, seu stipulatio necessaria sit, oportunius dicitur ad L. *si veritas*, *infr. h. t.* At agnoscit legatum re ipsa præstando, et quidem in eo, quod præstat heres sua sponte, ita voluntatem agnoscit, ut quod præstitit, repetere non possit, *L.* 2. *hoc tit.*

Sed an in futurum quoque obligetur, ut fideicommissum præstet, ex eadem caussa quæritur; quæ modo locum habent in fideicommissis annuis, cum decem annua puta relicta sunt Titio, vel alimentorum, vel alterius rei caussa. Et placet eum, qui ex caussa hujus fideicommissi aliquandiu fideicommissum præstitit, se actu non tantum, ut non jure possit repetere, quæ solvit; sed etiam in futurum obligare, ut fideicommissum deinceps præstet, non secus, quam si utiliter esset relictum: si modo præstiterit fideicommissum non minus, quam triennio. Quæ sententia est L. 1. *hic.* Quæ, ut recte explicetur, animadvertendum est, hoc rescripto exprimi sententias tres, quæ separatim sunt discutiendæ.

3 Prima † sententia est, fideicommisso inutiliter relicto, puta, vel imperfecto testamento, vel imperfectis codicillis, si heres sponte sæpius id præstiterit ex judicio defuncti, non ideo in posterum obligatur, ut præstet, si nolit: nisi fideicommissum diu antea præstiterit, idest, in hoc casu non minus triennio. Hic opponitur *L. non dubium, sup. de testam.* ubi simpliciter definitur heredem, qui judicium defuncti agnovit, hoc ipso, quod agnovit, in posterum fideicommisso obligari non tantum, si fideicommissum aliquoties præstiterit, sed si non præstiterit. Multo ergo magis si aliquoties præstiterit, ut *h. t. in* L. 1. Nam heres fideicommissum aliquoties præstiterat, et adjicitur id eum fecisse secutum voluntatem defuncti. Resp. Quia fideicommissum aliquandiu præstiterit, non agnoscit voluntatem defuncti in futurum: nihil enim vetat, ut heres velit præstare id, quod præstat per id tempus, quo præstat; nolit autem id amplius in posterum præstare, aut certe nolit in posterum obligari.

Hoc loco opponitur L. 2. *seq.* ubi una præstatione fideicommissi dicitur heres agnoscere defuncti voluntatem. Respondeo: agnoscit in his, quæ præstat, in his autem, quæ non præstitit, non aliter agnoscere intelligitur, quam si triennio fideicommissum præstitit; ideo lex prima est de fideicommisso præstito, secunda de fideicommisso præstando. Qua ratione responsum est argumento Accursii ex enumeratione partium sumpto, quod est glossæ. Ille ita argumentatur hoc rescriptum non posse consistere. Nam si utiliter fideicommissum relictum fuerit, statim debetur, sive quid præstiterit, sive non. Si inutiliter relictum est, et heres ignorans inutiliter relictum præstitit, dum in facto errat, non obligatur fideicommissario, quanvis per decennium præstiterit, quia errantis nulla voluntas, L. *cum testamento*, *sup. de jur. et fact. ignor.* Hoc amplius etiam quod præstitit, potest repetere ut indebitum per errorem facti solutum, *L. err. inf. ad* L. *Falcid.* Quod si heres sciens inutiliter relictum sponte solvit, secutus defuncti voluntatem, hoc ipso, quod agnoscit voluntatem, fideicommissum confirmat, ut probatur L. 2. *h. t.* Respondeo: Priora duo certissima sunt, tertium distinctione est explicandum. Nam cum heres sciens fideicommissum annuum esse inutiliter relictum, solvit, agnoscit voluntatem in eo, quod solvit, et ideo non repetit, *d. L.* 2. *h. t.* In his autem pensionibus, quas nondum solvit, non continuo agnoscit voluntatem defuncti, sed ita si per triennium fideicommissum annuum præstiterit.

Altera sententia † hic statuitur, si fideicommissum annuum, quanvis inutiliter relictum, heres secutus voluntatem defuncti, triennio præstiterit, non solum quæ solvit, non repetit; sed et ut quæ nondum præstitit, in posterum præstet, obligatur. Cur potius hoc casu, quam tunc, cum per triennium non præstitit? Quia ubi per triennium præstitit, constantia et perseverantia præstationis declaravit, animum heredis fuisse velle sequi volun- 4

luntatem defuncti, et in posterum præstare fideicommissum, L. *quod calore*, *de reg. jur.* Constantia igitur præstationis declarat agnitionem voluntatis defuncti.

Huic sententiæ opponitur *L. si certis de pact.* et L. *creditor*, *sup. de usur.* Quibus in locis hæc sententia exprimitur: *Si quis pensionem annuam, aut usuras annuas, vel menstruas pactus, pacto inutiliter promiserit, quanvis pacti fidem secutus, pluribus annis eam pensionem, aut eas usuras præstiterit; tamen non eo magis obligari in posterum, ut præstet, si nolit. Et in summa multorum annorum præstationem in re aliqua indebita non inducere rei prius indebitæ obligatione.* Respondeo: Nihil verius dicitur in universum, quam præstationem multorum annorum non inducere obligationem rei prius indebitæ, quoniam certis et constitutis modis obligationes nascuntur et finiuntur, L. *obligat. fere*, vers. *placet*, *D. de oblig. et actionib.* Inter hos non numeratur præstatio alicujus rei, quanvis sæpius repetita. Proinde ex ea obligatio non nascetur, idque verissimum est, non tantum inter vivos in his rebus, quæ inutili pacto debentur, sed et fideicommissis, neque tamen hi loci inter se pugnant.

Qui fit igitur, ut qui ex inutili pacto sæpius eandem pensionem promissam præstitit, in posterum non obligetur invitus, fideicommisso autem inutiliter relicto obligetur, si per triennium totum præstiterit? Respondeo: Differentiæ ratio est, quia cum ex pacto inutili sæpe aliquid præstatur, non nascitur nova aliqua actio, ex qua præstatio inducatur. Nam effectum est, solam præstationem non esse in hoc numero earum caussarum. Præter autem eam præstationem nihil inducitur, nisi agnitio prioris pacti, quod promissor se agnoscere ostendit hoc ipso, quod ex pacto solvit. Sed hæc agnitio pacti non magis est caussa justa inducendæ obligationis, quam præstatio, atque adeo ipsum pactum, si promissor iterum pacto eodem constitueret id, quod sola natura debetur, L. 1. §. *debitum*, *D. de pecunia constituta.* Nunc autem qui hodie aliquid præstat, non ideo id in futurum promittere intelligitur: ita præter præstationem nulla hic nova caussa est, ex qua promissor in posterum obligetur. Proinde in totum nulla, quia nec præstatio ipsa caussam inducendæ obligationis continet, ut supra dixi. At in fideicommisso inutiliter relicto, cum heres id sponte triennio præstitit, in futurum obligatur, non quia id præstitit, sed quia præstando voluntatem defuncti agnovit. Hæc autem agnitio satis est ad eum obligandum ex manifesta ratione æquitatis. Nam heres prius a defuncto accepit et lucrum et honorem. Æquum est igitur, ut quatenus accepit, eatenus voluntati defuncti obligetur, maxime si sponte est eam voluntatem secutus. Non obstat huic parti *L. quod bonis.* vers. *non idcirco*, *D. ad* L. *Falcid.* ubi testator legarat Fideicommissum annuum; sed quia supra dodrantem legarat, totum fideicommissum non debebatur. Poterat enim heres ex Lege Falcidia retinere quartam; veruntamen voluntatem defuncti secutus primo et secundo anno solidum legatum præstiterat: Illic respondetur, non ideo in futurum obligari, ut solidum præstet. Id ipsum hoc loco confirmatur, non enim dicimus, heredem primo et secundo anno fideicommissum præstantem in futurum obligari, sed ita demum, si non minus, quam triennio præstiterit.

Sed videri potest etiam in hac sententia falsum esse, quod dicitur, fideicommissum deberi, si solum triennio præstitutum sit. Videntur enim exigi non minus, quam decem anni, ut quis ob præstationem plurium annorum in futurum obligetur, ex *L. cum de in rem verso*, *D. de usur.* ubi filiusfamilias pecuniam mutuam acceperat sub certis usuris. Si ea pecunia in rem patris versa sit: constat patrem de in rem verso obligari, etiamsi filius nihil in peculio habeat, L. 1. *de in rem verso.* Cum de hoc non constaret, pater ejus pecuniæ usuras per decem annos creditori filii solvit. Mortuo patre conveniuntur heredes a creditore filii tanquam de pecunia in rem patris versa: negat heres patris, pecuniam in rem ejus versam. Creditores quia agunt et dicunt esse versam, id probare debent L. 2. *de probat.* Dicunt creditores id satis probari ex eo, quod pater tamdiu ejus pecuniæ usuras solverit. Rescriptum est, heredes patris de in rem verso teneri, quasi pecunia in rem patris versa esset, idque probari ex eo, quod tamdiu pater usuras præstitisset. Verisimile est enim, eum præstiturum non fuisse, nisi sortem ipsam debuisset. Interim ut conveniri pater possit de in rem verso, aut patris heredes, exigitur ut usuræ sint præstitæ, non per triennium, sed non minus, quam per 10. annos.

Respondeo: Non constabat in hac lege, pecuniam in rem patris versam non esse, et ideo non constabat a patre non deberi: quod si constitisset, et id faterentur creditores, nunquam præstatio diuturna usurarum patrem, aut ejus heredes obligasset, non magis, quam obligat debitores, in L. *si certis*, *sup.* de

de pact. et L. *creditor*, *sup. de usur.* ubi creditor, qui pecuniam annuam petebat, fatebatur initio fuisse indebitam, sed contendebat deberi cœpisse, ab eo, quod tamdiu solvisset; et ideo illic negatur, eum qui præstitit, propter præstationem obligari. At in L. *cum de in rem verso*, creditores dicebant pecuniam in rem patris versam, et ita a patre debitam, et de eo erat controversia.

Dicitur autem probari, versum esse in rem patris ideo, quia pater ejus pecuniæ usuras diu præstitisset: ex quo intelligimus, nunquam præstationem diuturnam inducere obligationem rei, quam constat indebitam fuisse: si de eo dubitatur, an debita fuerit, tunc præstationem plurium annorum continere pecuniæ debitæ probationem. Id ad speciem hanc pertinet, ubi constabat fideicommissum inutiliter relictum, et non quærebatur hujus rei probatio; sed quærebatur, an propter præstationem plurium annorum in futurum heres obligaretur ad hoc præstandum? Ad hoc dicimus sufficere triennii præstationem. Cæterum si quæreretur, an hoc fideicommissum esset a defuncto relictum, et id præstitisset heres per aliquot annos: deinde negaret a se nullum fideicommissum relictum esse: diceremus ad hoc probandum non sufficere, quod per triennium præstitisset ex fideicommissi caussa, sed exigendam diuturnam præstationem, idest, 10. annorum, argumento L. *cum de in rem verso de usur.*

5 Tertia † sententia hujus legis pertinet ad petitionem fideicommissi et earum rerum, quæ in posterum peti possunt. Sic autem rescripto expressum est: *Postquam heres fideicommissum inutiliter relictum triennio sponte præstitisset*, *fideicommissarium impetraturum*, *ut non tantum præterita annua*, *vel menstrua exsolvantur*, *sed ut in futurum ea quoque præstentur.* Exempli caussa, heres hoc fideicommissum triennio præstitit, deinde duobus annis cessavit nihil petente fideicommissario; post eos duos annos agit et fideicommissum petit. Itaque non tantum pensiones duorum præteritorum annorum consequetur, quæ adhuc solutæ non sunt, sed etiam consequetur, ut in futurum quoque sequentium annorum pensiones præstentur. Huic parti opponitur L. *non quemadmodum*, *D. de judiciis*, ubi regula juris certissimi traditur, judicium non posse esse in pendenti, idest, de his rebus, quæ nondum debentur, et postea futuræ sunt. Ex quo efficitur, in fideicommisso annuo de pensionibus annuis sequentium annorum agi non posse, quia hæc nondum debebantur. Omnes interpretes fatentur, locum esse contrarium, sed speciale in hujus esse legis specie, ubi de pensione agitur, quæ jam debebatur, et propter præteritas agitur de futuris: atqui id fieri dicunt favore alimentorum.

Sed hæc sententia dici non potest, utrum magis falsa sit, an inepta. Nam cum annum aliquid legatur, aut fideicommittitur, in hoc legato plura sunt legata: primi anni purum legatum, sequentium annorum conditionale. Inest enim hæc conditio, si legatarius, aut fideicommissarius initio cujusque anni vivat, L. 4. *de annuis legat.* L. *nec. semel*, *quand. dies L. ced.* Proinde ubi nondum sequentes anni venerunt, eorum annorum pensiones non debentur, et ut in dicta *L. nec semel*, eorum legatorum dies non cessit: quod si non cessit, eorum annorum legata peti non possunt, L. *cedere diem*, *de verb. sign.* Secundum quam sententiam vere dicitur ex L. *non quemadmodum*, de sequentium annorum pensionibus judicium esse non posse. Ineptum est autem, quod putant id esse huic legi contrarium, ubi nullo modo id in hac lege agitur. Cum enim dicitur, fideicommissarium impetraturum, ut in futurum quoque legata præstentur, sic accipiendum est: ut impetret suo tempore, non præmature, idest, ut impetret, cum sequentium pensionum dies cesserit. Et merito: quia agnitio legati, quo heres legatum præstando voluntatem defuncti agnovit, non mutavit qualitatem fideicommissi: sed tantum fideicommissarium confirmavit, ut post triennii præstationem non minus obligetur heres, quam si fideicommissum utiliter esset relictum. At si utiliter esset relictum, non possent peti sequentium annorum pensiones, priusquam dies venisset, dicta L. *nec semel*, *quando dies legat. ced.* Ergo nec tum peti poterunt, ubi heres fideicommissum tantum agnovit. Absurdum enim est plus tribui inutili fideicommisso, quam utili, plus tribui voluntati heredis, quam utili voluntati defuncti.

Ad L.

Ad L. cum secundum. 3.

Idem A. Rufino.

Cum secundum voluntatem defunctæ Chrysidem puellulam ab heredibus manumissam, eamque priusquam ei restitueretur hereditas, intestato vita functam proponas: ad manumissores ejus successio pertinet. Qui si adierint ejus hereditatem: confusis actionibus, fideicommisso sunt liberati. PP. Idib. Decemb. Læto II. et Cereale Coss.

SUMMARIUM.

1. *Summa hujus rescripti.*

1 Testatrix † duos heredes instituit, eosque rogavit, ut Chrysidem ancillam quæ forte heredum erat, manumitterent, manumissæ hereditatem restituerent. Testatrice mortua, puellam heredes manumiserunt, sed moram in fideicommisso fecerunt. Itaque priusquam ei restitueretur hereditas, puella decessit intestata, quia testamentum facere non potuit, et sine liberis, quia puella erat: ita factum est, ut ei heredes sint ex lege duodecim tabularum iidem illi heredes, a quibus manumissa erat, ut defunctæ patroni, §. *sed nostra*, versic. *sin autem*, *Inst. de succession. liber.* Cum heredes suprascripti non tantum ex fideicommisso obligentur Chrysidi, sed etiam id restituere debeant Chrysidis heredibus; ipsi autem Chrysidis heredes sint: quæsitum est de fideicommissi obligatione, et an adhuc ea obligatione teneantur? Rescriptum est, eos confusis actionibus liberatos esse fideicommisso.

Hoc videtur falsum esse: nam quoties debitor succedit creditori, ut hic debitores Chrysidis ex caussa fideicommissi successerunt creditrici suæ, non confunditur obligatio, nisi pro ea parte, ex qua defuncto heredes successerunt, *L. penult. sup. de hered. act. L. si uxor. inf. de bon. Auctorit. judic.* Proinde in proposito cum duo heredes ex æquis partibus Chrysidi successerint: non confunditur actio fideicommissaria in singulis heredibus, nisi pro dimidia parte, et ita singuli portionis suæ dimidium debent, nisi aliquo casu pro ea dimidia portione fideicommissi liberentur. Cæterum alterum dimidium suæ portionis debent coheredi: hoc enim illi restituere debent: neque eatenus fideicommisso liberantur. Neque hoc dicimus sine manifesta utilitate, quæ in hac specie subjecta apparebit. Finge duos heredes esse institutos, Primum et Secundum, Primum ex octo unciis, Secundum ex quatuor: eosdem extitisse Chrysidi heredes ex æquis partibus, nempe ex semissibus. Fideicommissi divisione ita res transigetur: Primus ex octo unciis, quas est jussus restituere heredibus Chrysidis retinebit quatuor, tanquam heres pro dimidia parte, alteras quatuor restituet secundo: Secundus ex his quatuor, quas est jussus restituere, retinebit duas ut heres ex parte dimidia, reliquas duas restituet Primo; et ita fiet, ut Primus, qui institutus erat ex octo unciis, nihil habeat ex divisione fideicommissi, nisi sex uncias: Secundus autem habeat tantundem, qui institutus tantum erat ex quatuor. Huic rescripto hodie etiam locus erit, si heredes rogati erunt restituere hereditatem libero homini, puta cognato, ac deinde cognatus ante restitutionem fideicommissi decesserit, cui postea iidem heredes successerunt ab intestato. Nam hoc casu succedunt heredes ab intestato ex æquis partibus.

Quod si fingamus in specie proposita hic Primum et Secundum heredes institutos successisse Chrysidi ex inæqualibus partibus: divisio fideicommissi inter eos ita fiet, ut si Primus successisset pro dodrante, Secundus pro quadrante, Primus ex tribus partibus, in quas ejus portio dividetur, duas retinere debeat, et unam restituere, Secundus ex tribus partibus, in quas ejus portio dividetur, duas restituere debeat, unam retinere. Sic autem eveniet in specie proposita, ut Primus et Secundus pro his partibus succedant Chrysidi libertæ suæ, si fingas Chrysidem fuisse ancillam testatoris, et Primum institutum fuisse ex dodrante, Secundum ex quadrante. Nam ex portionibus hereditariis intelliguntur manumissæ Dhrysidi succedere, ut Primus sit patronus pro dodrante. Secundus pro-

pro quadrante, pro quo jure patronatus constituto consequens est, ut ab intestato Chrysidi succedat pro iisdem partibus, pro qua sententia facit §. *illud*, *Instit. de societ.* (*)

(*) Si quid judico, intercidit omnino aliquid ex hujus 3. *L. Commentario*: nam cum Auctor dubitandi rationem proponat eamque confirmet; nullibi apparet nodi dissolutio: quod profecto non est interpretis; nec utique Donello convenit, ut quæ legi, seu rescripto contraria videntur proponat, et minime diluat.

Ad L. voluntas. 4.

Imp. Alexander A. Victorino.

Voluntas patris prohibentis liberos fundos extra familiam vendere, vel pignori dare, fratrem sorori donare prohibuisse non videtur. PP. V. Kalend. Jul. Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Testatore simpliciter vetante, ne heres fundum alienet, præceptum nullius est momenti, et heres impune fundum alienat.*
2. *Prohibitus fundum vendere extra familiam, an videatur fecisse contra voluntatem defuncti, si sorori eum donarit?*
3. *Quid si alii donarit? quid si extraneo?*

1 CUM testator † vetat, ne heres fundum alienet, si simpliciter vetet, præceptum nullius momenti est, tanquam nudum itaque impune heres fundum alienabit, L. *filiusfam.* §. *divi*, *de legat.* 1. Tum præcipitur hoc utiliter, vel cum testator vetat alienari, ut in familia maneat, aut vetat alienare extra familiam, et ob hoc hic proponitur testator prohibuisse fundum vendi extra familiam. Hoc adjecto, quæ sit alienationis pœna, si forte heres contra voluntatem defuncti fecerit, dicetur in L. *quoties.* Hinc quæ-
2 situm est, † qui prohibitus est fundum vendere extra familiam, videatur fecisse contra voluntatem defuncti, si sorori fundum donavit? Scriptum est hic non fecisse. Quid si
3 † alii heres donavit, quam sorori? Respond. Etiam alii donare potuit, quam sorori, si modo ei donavit, qui sit ex familia. Nam solum extra familiam prohibitus fuit alienare. Familiæ verbo in hoc genere legati quid contineatur, cautum est *L. ult. de verb. sign.*

Quid ergo si heres extra familiam vende-
4 re prohibitus † donet extraneo? Movet dubitationem, quod vendere tantum prohibitus est: aliud autem est donare, aliud vendere, ut proinde non videatur prohibitus donare. Respondeo. Ex hoc loco satis colligitur, si alii, quam sorori; aut ei, qui sit æque in familia, ut soror, donarit, contra præceptum testatoris videri factum, alioqui frustra hic de sorore esset comprehensum, quod verum est. Nam prohibet quod minus est: multo magis id, quod malus est, prohibere intelligitur. Tolerabilius autem est vendere extra familiam, quam donare, quia qui vendit, habet pretium, quod saltem in familia maneat; qui autem donat, et pretium et rem amittit, quia gratis donat. Proinde qui vendere prohibitus est extra familiam, ex sententia testatoris multo magis donare prohibitus intelligitur. Sed et voluntas hujus testatoris manifesta est. Idcirco enim fundum vendi vetat extra familiam, ut fundus maneret in familia. At multo minus manet in familia donatus, quam venditus, ob eam caussam, quam supra dixi, quia fundo donato, ne pretium quidem retinetur in familia. In summa qui vendere extra familiam prohibitus est, ex sententia testatoris quovis modo alienare prohibitus est extra familiam.

Ad L.

Ad L. si frater. 5.

Idem A. Reginæ.

Si frater tuus postquam patri heres exstitit, pubes jam factus sine liberis decessit: ex pupillari substitutione tibi hereditas ejus delata non est. Sed si verbis fideicommissi aliqua parte testamenti confirmata est: fideicommissum ab heredibus petere non prohiberis. PP. XV. Kal. Febr. Juliano II. et Crispino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Primo et secundo heredibus institutis, defuncto secundo an ejus hereditas ad primum pertineat ex substitutione.*

Pater duobus filiis, Primo et Secundo heredibus institutis Secundo Primum substituit, quandocunque moreretur. Secundus pubes factus sine liberis decessit. Quæ-
1 ritur, an † ejus hereditas ad Primum pertineat ex substitutione? Respondeo: Distinguendum est: nam si Primus Secundo substitutus est directe, hereditas ex substitutione Primo non defertur, ac nec potest. Exempli caussa, pater ita substituit, *si heres erit, et quandocunque decesserit, frater ejus Primus heres esto.* Ex hac constitutione non potest Secundi hereditas Primo deferri. Non deferetur enim ex substitutione pupillari, quia Secundus proponitur decessisse pubes. Substitutio autem pupillaris pubertate evanescit, *L. in pupillari, D. de vulg.* Non defertur ex substitutione, quæ post annum 14. facta sit, quoniam post eam ætatem substitutio directa frustra fit, L. verbis L. *in pupil. de vulg.* Proinde recte respondetur, in totum ex substitutione directa hereditatem Secundi Primo deberi non posse. Quod tamen sic est interpretandum, ut non possit deferri tanquam ex substitutione. Cæterum ex caussa fideicommissi ad eum pertinebit, tanquam tacito fideicommisso in hac substitutione comprehenso, argum. *L. 2. §. 2. D. de jur. codicil.* de quo dixi ad L. *supr. de codicil.*

Quod si pater verbis precariis, seu fideicommissariis petat a Secundo, ut post mortem suam restituat portionem suam fratri suo, hoc casu substitutio fideicommissaria valebit, *§. ult. Inst. de pupil. L. cohered. §. cum filia, de vulg.* Cujus substitutionis effectus hic est, qui declaratur in hoc rescripto, ut hereditas Secundi jure pertineat ad omnes alios heredes ejus legitimos, sed ita, ut hi ex fideicommisso obligentur Primo, ut hereditatem restituant, quod facient deducta quarta ex Senatusconsulto, §. *sed quia heredes, Instit. de fideicom. heredit.* Veruntamen ita fideicommissum debebitur Primo, si Secundus pubes factus sine liberis decesserit: non si decesserit susceptis liberis et extantibus: nam hi succedunt excluso substituto, ex *L. cum acutissimi, infr. hoc tit.* Et hæc caussa est, cur in principio hujus rescripti proponatur frater Secundus decessisse pubes et sine liberis. Nam alioqui quod ad directam substitutionem attinet, nihil refert, utrum Secundus frater sine liberis decesserit, an susceptis liberis, ad hoc, ut Primus frater ejus ex substitutione pupillari non admittatur.

Ad L.

Ad L. Prædia. 6.

Idem A. Nilio.

Prædia obligata per legatum, vel fideicommissum relicta, heres luere debet: maxime cum testator conditionem eorum non ignoravit, aut, si scisset legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Si vero a creditore distracta sunt: pretium heres exsolvere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur. PP. XVI. Kalend. Mart. Juliano II. et Crispino Coss.

SUMMARIA.

1. *Luere pignus quid.*
2. *Res aliena legata, si testator scivit pignori obligatam, ab herede luenda est: et quando quibusve casibus.* ibid. *et num.* 3.

CUm testator legat rem, quæ pignori obligata est, non talis est præstanda, qualis est, sed interdum heredes pignus lue-
1 re debent. Est † autem luere, pretium creditoribus exsolvere, et liberare nexu pignoris, *tit. de luit. pig. inf.* Quod ita dictum est, quasi dicat pignori eluere et delere, ut amplius ea obligatio, et tanquam macula in re non maneat. In hac re autem est eadem di-
2 stinctio, quæ servatur, cum † res penitus aliena est legata. Si testator scivit pignori obligatam, ab herede luenda est secus si ignoravit, *Inst. de legat.* §. *sed etsi rem L. si res obligata*, *D. de legat.* 1. Sed ita demum cum testator ignoravit rem pignori obligatam, res fideicommissario luenda est, nisi alteruter ex his duobus casibus contigerit. Unus est expressus hoc rescripto, si testator rem hanc aut tantundem acque legaturus fuisset, si rem pignori obligatam esse scivisset. Quando autem existimetur testator id facturus fuisse, dictum ad *L. cum alienam*, *supr. de legat.* Alter casus est adjectus in *d. L. si. si res oblig. de legat.* 1. Est autem hic, ut fideicommissarii rem pignori obligatam luere non debeant, si aliquid superfuturum est exsoluto ære alieno, verbi gratia: fundus aliquis ducentorum legatus, aut fideicommissus est. Is fundus pignori obligatus erat creditori, cui trecenta debebam. Dicemus legatarium seu fideicommissarium, usque ad 200. debere luere fundum, sed centum reliqua non præstabit; verum heres, ut ita pignori liberato fideicommissarius fundum consequatur; et ita, ubi aliquid superfuturum est, quod debeatur creditori, cum exsolutum erit æs alienum tantum, quantum fundus valebat, pro superflua quantitate fideicommissarius non luet, quia ultra quam fundus valet, fideicommissarius præstare nihil cogitur, L. *civitatibus* §. *ult. de legat.* 1. Cæterum ad eam quantitatem, qua fundus æstimatur, præstare debet, L. *Titius*, *de legat.* 2. Ex his intelligi potest, cur hic scriptum sit, heredem luere debere pignus maxime in his casibus, qui hic expressi sunt. Hoc verbo *maxime* significatur, heredem et in aliis casibus luere debere. Id verum esse, ex his casibus, quos complexi sumus, intelligitur. Quibus
† autem casibus luendi pignoris onus ad herede pertineat, id ut faciat, heres consequetur legatarius actione in personam ex testamento, non etiam actione in rem, ut dictum *L.* 3. *sup. de legat.* Sed et illud intelligendum est, tunc solum heredem posse pignus luere, idest, pecunia soluta pignus recipere, cum pignus nondum a creditore legitime est distractum. Nam ubi distractum est, amplius possessio a possessore revocari non potest, ut dominio pignoris in eum jure translato, L. *ult. infr. si vend. pig. L. non est novum*, *D. de acquir. rerum dom.* Proinde hoc casu nil superest, nisi quod dicitur in extremo hujus rescripti, ut heres rem a creditore distractam aut redimat a creditore; aut si non redimat, æstimationem exsolvat, ut fit in rebus alienis legatis, §. *non solum*, *Institut. de legat.*

Ad L.

Ad L. Voluntatis. 7.

Idem A. Septimo.

Voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est. PP. XV. Kal. Mart. Fusco II. et Dextro Coss.

SUMMARIA.

1. *Voluntatis quæstioni quando sit locus et seqq.*
2. *Ubi nihil scriptum, aut nuncupatum est, nihil debetur, etiamsi de præstando testator senserit.*
3. *De voluntatis quæstione ex juris ratione responderi nequit.*

1 VOluntatis † quando est quæstio, qua quæritur, quid testator voluerit, senserit, huic quæstioni non est locus, ubi testamento, aut codicillis nihil scriptum a testatore, aut nuncupatum est. Nam † ubi nihil scriptum, aut nuncupatum est, nihil debetur, etiamsi de præstando testator senserit, ut proinde sit supervacua hoc casu voluntatis quæstio, L. *quoties*, 9. *de heredib. instit.* Sed tunc ei locus est, cum testator aliquid scripsit, aut dixit, sed verba obscura sunt, aut ambigua, aut ea, quibus aliquid desit, ut proinde ex his quæratur, quid senserit testator: veluti si Mævio 100. nummos legaverit, et quæratur, de quibus nummis senserit. Hujusmodi voluntatis quæstio est in cognitione et estimatione judicis, ut hic traditur, idest, quæstio judici cognoscenda et judicanda committitur, non autem Principi, aut prudenti alicui. Cujus sententiæ hæc est ratio, quia voluntatis quæstio dijudicatur ex circumstantiis, quæ sunt in facto positæ. Nam ut maneamus in exemplo nummorum legatorum, cum 100. nummi Titio legati sunt, et quæritur, quos nummos testator intellexerit: præcipitur id æstimandum esse ex consuetudine loquendi testatoris, aut ex more regionis, ubi res geritur, aut ex his, quæ in testamento antecedunt, vel sequuntur, *L. si servus plurium*, §. *ult. de legat.* 1. *L. nummis, de legat.* 3.

Hæc omnia, quomodo loqui sit solitus testator, quid frequentetur in ea regione, quid in testamento ante, vel post scriptum sit, hæc inquam, omnia facti sunt, quæ nulla definitione juris, aut prudentia Jurisconsulti explicari possunt, sed cognoscuntur probationibus testium et instrumentorum. Caussa autem omnis facti est in cognitione et æstimatione judicis, idest, judici examinanda et judicanda committitur, ut in *L. mora*, *D. de usur.* scriptum est, ubi initio dicitur, an mora facta sit, judicem examinare debere. Et ratio hic subjicitur, quia hæc sit quæstio facti; et adjicitur; ideo nulla definitione juris, nulla prudentia Jureconsulti, vel Principis auctoritate decidi posse. Idem de definitione facti significatur a Scævola, *L. si ita quis*, §. *Seja, in fin. de verb. obligat.* ubi ita scriptum est. *Respondit. agi posse, si debitor non multo post obtulisset, et nihil actoris interesset, quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.* Recte, quoniam an debitor obtulerit pecuniam, et an intersit actoris, nec ne, in facto, non in jure consistit, L. *quatenus*, *de reg. jur.*

Hoc est igitur, quod Imperator scripsit hoc loco, cum consuleretur de voluntatis testatoris † quæstione; rescripsit se de ea quæstione consuli non debuisse, quia non possit de eo ex ratione juris respondere. Rem enim facti esse: facti autem cognitionem judicis esse, non Jurisconsulti, aut principis. Idque est, quod dicitur in *L. eum*, *qui temere*, §. *ult. de judic.* Judicibus de jure consulentibus, præsides provinciarum respondere solere, de facto autem consulentibus respondere non debere, quia res ex cognitione et religione judicis pendeat. 3

Ad L.

Ad L. Qui fideicommissariam. 8.

Idem Masculo.

Qui fideicommissariam libertatem meruit, legata, seu fideicommissa a defuncto sibi data suo jure persequitur. PP. XV. Kal. Jun. Fusco II. et Dextro Coss.

SUMMARIUM.

1. *Fideicommissum, aut legatum, an relinqui possit ei servo, qui eodem testamento manumissus est per fideicommissum; seu quem heres est rogatus manumittere.*

REgula juris est, heredi a seipso legari, aut fideicommitti non posse, L. *legatum*, §. 1. *de legat.* 1. Idem hæc regula nota est, servo proprio aut servo heredis sine libertate legari non posse, *L. plane ubi*, §. *si conjunctim*, *L. si minor*, *de legat.* 1. Nempe quia hoc modo heredi a seipso relinqueretur. Nam ab ipso legatum præstandum esse certum est, sed et ei legatum per servum acquiri constat. Quod si libertate servo data, servo aliquid relinquitur, siquidem ei pure libertas data est, et libertas et legatum valet, quia hoc modo non servo legatur, sed liberto, L. *quæsitum*, §. 1. *de legat.* 1. Sed si libertas ei datur sub conditione, quæ exsistere non potest, nisi per aditam hereditatem, frustra ei legatum, aut fideicommissum relinquitur, dicta L. *quæsitum.* Et ratio est ex eadem regula superiori, quia cum hic legatum servo datum primum sit, ejus legati dies statim cedit a morte testatoris, *L. unica*, §. *in novissimo inf. de ead. toll.* At libertas sub conditione data non exsistit, nisi adita hereditate: ita fit, ut adita hereditate, reperiatur aliquod tempus intermedium, quo tempore hic servus sit heredis servus: ut sic verum sit, servo heredis legatum datum esse, atque ita heredi a seipso legatum esse.

1 Hinc quæsitum est, † an fideicommissum aut legatum relinqui possit ei servo, qui eodem testamento manumissus est per fideicommissum, seu quem heres est rogatus manumittere? Dubitationis caussa hæc est, quia qui per fideicommissum manumittitur, videtur sub conditione manumitti non quæ exsistit, nisi post aditam hereditatem, nam manumittitur, si heres eum manumittat. Libertatem enim ab herede accipit, §. *ult. Instit. de sing. reb. per fideicommiss.* Porro heres non potest manumittere, nisi adita hereditate, si servum testatoris fuisse proponas. Sed placuit ab eo, qui fideicommissam hereditatem pure accepisset, utiliter legari et utiliter fideicommitti, ut manumisso legati et fideicommissi conditio competat, ut hic traditur et pluribus in *L. si quis servo*, *de legat.* 2. Non obstat, quod dicitur, in fideicommissaria libertate conditionem inesse. Nam conditio juris est, quæ sua sponte inest, non a testamento. Adjicitur: Conditiones hujusmodi non reddunt supremam voluntatem conditionalem, L. *conditiones extrinsecus*, *de cond. et demonst.* Et ideo tametsi non competit jure libertas, nisi ei, qui manumissus est ab herede; tamen fideicommissi dies statim cedit, non minus, quam legati servo relicti. Ita simpliciter verum est, eo tempore legatum et fideicommissum relinqui manumisso, non servo, etiamsi heres manumittat statim, tamen pro manumisso servus habendus est, in quo manumittendo heres moram fecit. Hæc est sententia *L. si quis servo, de legat.* 2.

Ad L.

Ad L. ab eo 9.

Imp. Gordianus A. Paulinæ.

Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hereditatem, vel mortis caussa donationem accepit, nihil per fideicommissum, relinqui potest. PP. XVII. Kal. Octobr. Pio et Pontiano Coss.

SUMMARIA.

1. *Duæ hujus legis sententiæ.*
2. *A quibus fideicommissum, aut legatum relinqui possit, a quibus non.*
3. *Definitio hujus rescripti multis modis falsa videri potest, et quare non sit.*

DUæ sententiæ hic statuuntur verbis contrariæ de his, a quibus fideicommissum, aut legatum relinqui possit, aut
1 non. Sunt † autem hæ: cui testator nihil in morte dedit, ab eo nihil relinquere potest, cui autem dedit, ab omni eo utiliter relinquit. Prior expressa est L. 1. §. *ult. de legat.* 3. Posterior hoc ex loco intelligitur. Sed datum hic plenius accipiendum est, non tantum, quod testamento pleno et aperto in aliquem contulit, sed et quod morte defuncti ad eum pervenit, dum ei a defuncto non adimitur, et ideo plenior definitio hujus rei est concipienda, ut concepta est L. 1. §.
2 *sciendum de legat.* 3 Ab omnibus † fideicommissum relinqui potest, ad quos morte defuncti aliquid pervenit, dum vel ei datur, vel quod a defuncto accipi poterat, non adimitur. Ergo sunt duo genera eorum, a quibus fideicommissum relinqui poterat. Primum eorum, quibus ita defunctus quid dedit, ut ad eos morte defuncti, seu suprema voluntate defuncti perveniret. In hoc numero sunt heredes a defuncto instituti, vel substituti, legatarii, fideicommissarii, debitor defuncti, a quo defunctus fideicommissum reliquit. Item hi, qui legatorum vicem obtinent.

Ab heredibus institutis, aut substitutis legari posse certum est, ut quibus a testatore datur hereditas. At a legatario et fideicommissario fideicommissum quoque relinqui posse constat, *Inst. de sing. reb. per fideicom. in pr.* Idque ob eandem caussam, quia his legatum, aut fideicommissum datur et a debitore defuncti fideicommissum relinqui potest, quatenus debet, *L. si pecunia, de legat.* 1. quoniam cum defunctus a debitore fideicommissum relinquit prius ei liberationem legare intelligitur, dicta *L. si pecunia.* Legatorum loco sunt hi, quibus mortis caussa donavit defunctus, his enim in donatione caussa mortis, vivus viventi donat, *L. inter, D. de donat. causs. mort.* Sed tamen ita donat, ut donatio non nisi morte confirmetur, non magis, quam legatum, quia tamdiu donator donationem revocare potest, L. *non videtur. L. donatus*, §. *donatio*, *D. de mortis caussa donatio.* Inde dictum donationes mortis caussa legatis comparari, *L. illud*, *D. de mort. causs. donatio.* Ob hanc caussam etiam ab eo, cui mortis caussa donatum est fideicommissum relinqui potest, ut a legatariis, L. *cum pater*, §. 1. *de legat.* 2. In eodem numero sunt donationes inter virum et uxorem: nam hæ non revocatæ morte donantis confirmantur, ut donationes mortis caussa, L. *cum hic status*, *D. de donat. inter vir. et uxor.* L. *ult. infr. eodem tit.* Ob id etiam placuit, unum ex conjugibus, qui alteri conjugi donavit, fideicommissum, ab eo cui donavit, relinquere posse, L. *in donationibus*, *inf. ad legem Falcid.* dicta *L. cum hic status*, §. 1. *in fin. D. de donat. inter vir. et uxor.*

Alterum genus eorum, a quibus fideicommissum relinqui potest ex superiori definitione, est eorum, quibus testator revera nihil dedit judicio suo, sed solum videtur dedisse, quia non ademit, quod poterat adimere. In hoc numero sunt heredes legitimi defuncti: heredes legitimi impuberis, qui est in defuncti potestate. Item hi, qui mortis caussa capiunt ex testamento defuncti. Postremo hi, ad quos legata, aut hereditatis aliis datæ emolumentum pertinet. Primo, ab omnibus, ad quos defuncti hereditas aut bonorum possessio perventura est, fideicommissum relinqui potest, L. 3. §. *sciendum*, *D. de legat.* 3. *L. si fundum*, §. *ult. de legat.* 1. Et tamen defunctus hereditatem hic non dat, nam hereditas a lege datur, unde et legitima here-

reditas appellatur, L. *lege obvenire*, *D. de verb. signific.* Sed testator his hereditatem adimere potuit, alios heredes instituendo. Proinde, si alios non instituit, hoc ipso videtur legitimis heredibus hereditatem dedisse, quia non ademit, dicta L. 3. §. *sciendum*, *de legat.* 3. Eadem ratione pater impuberis, quem in potestate habet, fideicommissum relinquere potest ab heredibus legitimis impuberis, quia fuit in potestate patris alios heredes filio substituendo, legitimis ejus heredibus hereditatem adimere, L. *si fundum per fideicom.* §. *ult. de legat.* 1. Ab his etiam, qui mortis caussa capiunt ex testamento, fideicommissum relinqui potest. Verbi gratia: Stichus liber esse jussus est, si 10. Titio daret. Hæc 10. a Titio fideicommitti possunt, *L. quidam, de legat.* 1. Et tamen hæc 10. non dantur Titio a defuncto, quoniam hæc 10. Titius ex testamento petere non potest, L. *si quis sub conditio*, *D. si quis manumiss. causs. testam.* Sed tamen mortis defuncti caussa capiuntur; ideo defunctus videtur quodammodo ea dedisse, quia conditionem detrahendo, aut manumissionem revocando potuit perficere, ne illa 10. ad Titium pervenirent, unde dicuntur mortis defuncti caussa capi, quia capiuntur per accessionem mortis ejus, *L. mortis caussa capimus, D. de mortis caussa donatio.*

Hi, ad quos hereditatis, aut legati aliis relicti emolumentum pertinet, sunt legatarii, dominus, aut pater, aut heres. Nam cum servo legatum est, per servum domino acquiritur: cum legatum filiofamilias, per filium patri acquiritur, §. 1. *et* 2. *Instit. per quas personas*, *L. placet*, *D. de acquirend. hered.* Sed et quod legatario quæsitum est, id eo mortuo ad heredem ejus pertinet. Proinde si quid servo legatum sit, aut filiofamilias, placuit a domino et patre fideicommissum relinqui posse, *L. cum filiusfamilias* 11. *de legat.* 1. Placuit item ab herede heredis, aut legatarii non minus fideicommissum relinqui posse, *L.* 5. §. *ult. de legat.* 3. Atqui testator judicio suo neque domino, neque patri, neque heredi legatarii quicquam debet, *L. qui liberis*, §. *ult. de vulg.* Argumentatio est verissima, quia si filius, aut servus vivo testatore decedat, patri, aut domino nihil debetur. Si legatarius decedat vivo testatore, legatum ad heredes legatarii non pertinet, sed ideo defunctus servo, aut filiofamilias legando videtur dedisse patri, aut domino, hoc ipso, quod legatum servo, vel filiofamilias vivus non ademit: eademque heredis et legatarii ratio est.

His cognitis, multis † modis definitio hujus rescripti falsa esse videtur. Nam I. falsum esse dixeris in debitore defuncti, a quo defunctus fideicommissum relinquit, cum ei prius nihil aperte dederit. Sed supra responsum est. Nam hoc ipso, quod fideicommissum relictum dicitur, prius liberatio ei relinqui intelligitur. II. Videri potest esse falsa in donationibus inter virum et uxorem. Nam hæ hac definitione comprehensæ non sunt, et tamen qui donavit uxori, ab uxore fideicommissum relinquere potest. Sed et de hoc supra responsum est. Nam hujusmodi donationes species quædam sunt donationis caussa mortis. III. Falsa esse videtur in heredibus legitimis, a quibus fideicommissum relinqui potest, et tamen defunctus his hereditatem non dat, sed lex. Respondeo: et lex et defunctus. Lex recta, vel proprie: defunctus hoc ipso, quia non adimit his hereditatem, quam adimere potuit. Sed præcipue et certe videtur falsa esse in his, qui caussa mortis capiunt, cujusmodi sunt hi, quibus implendæ conditionis caussa aliquid datum est, vel ab herede, vel legatario, vel manumisso. Nam ab his fideicommissum relinqui posse constat, et tamen neque hereditatem, neque legatum, neque fideicommissum, neque mortis caussa donationem a defuncto accipiunt, ut expressum est in *L. mortis caussa capimus*, *D. de mortis causs. donat.* 3

Dicendum est, eum, qui mortis caussa quid accepit, proprie nihil eorum, quæ suprascripta sunt, accepisse, secundum quam proprietatem verbi scriptum est in dicta L. *mortis causs. cap.* Abusive autem et improprie, quod per mortui defuncti occasionem capitur dici potest a defuncto capi, quasi defunctus videatur dedisse, quod non ademit, cum posset adimere. Postremo videri poterit etiam falsa definitio in patre, domino, et herede legatarii, utpote quibus nihil omnino defunctus dedit, neque vivus, neque moriens. Sed dicendum est defunctum nihil his dedisse recta, sed revera dedisse per interpositam legatarii personam, quia per legatarium legatum ad istos pervenit, argum. L. 1. *in fin. et* L. 2. *de her. petit.*

Ad L.

Ad L. Verbum, Volo. 10.

Idem A. Firmo.

Verbum, Volo, licet desit: tamen quia additum perfectum sensum facit, pro adjecto habendum est. III. Idus Decemb. Gordiano A. et Aviola. Coss.

SUMMARIA.

1. *Voluntas sine scripto, et scriptum sine voluntate, nihil proficit ad hereditatem, legatum aut fiideicommissum relinquenda.*
2. *Testator an plena et perfecta oratione scribere, vel nuncupare debeat.*

Nihil ad rem pertinet defunctum aliquid alicui dare voluisse, ut legatum, aut fideicomissum debeatur, nisi hanc etiam voluntatem testamento, vel codicillis scripse-
1 rit, aut nuncuparit, ut † neque voluntas sine scripto, neque scriptum sine voluntate quidquam proficiat ad hereditatem, legatum, aut fideicommissum relinquenda, L. *quoties*, *de hered. inst.* Quod tamen desideratur, ut testator voluntatem suam scribat, vel nuncupet verbis, non sic accipiendum est, ut
2 debeat scribere † vel nuncupare plena et perfecta oratione, sed si quid scripserit aut dictaverit, ex quo intelligi possit, quid voluerit, voluntas ejus servabitur, quasi minus scriptum fuerit, plus nuncupatum, ut ibidem, in *d.* L. *quoties*, adjicitur. Id quale sit, explicatur in *d. L. quoties*, *et L.* 1. §. *si ex fundo*, *de hered. instit.* Idem in fideicommisso, quale sit, hic traditur. Secundum hanc sententiam hujusmodi fideicommissum valet, *Titium fundum Tusculanum dari*, etiamsi non adjecit defunctus, *volo*, ut plena oratio fideicommissi efficeretur, tamen valebit. Idem dicendum est, etsi testator tantum ita dixerit: *Titio fundum Tusculanum*, *etc.* quia satis intelliguntur hæc verba ex præcedentibus, *do*, *lego*, *vel dari volo*, *etc.* Ad hanc sententiam pertinet *L. si unus*, *sup. de testam.* ubi dictum.

Ad L. Quoties ab. 11.

Idem A. Papyriano.

Quoties ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem aspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus alii consenserint: contractus auctoritas convelli nequaquam potest. PP. II. Kalend. Januar. Gordiano A. II. et Pompejano Coss.

SUMMARIA.

1. *Prohibitio alienationis fundi, vel hereditatis, vel legati quando valeat.*
2. *Alienationis pœna.*
3. *Alienatio et venditio rerum distrahi prohibitarum, quando et quibus casibus rata sit, nec revocari possit, et num. 4.*

1 Prohibitio † alienationis fundi, vel hereditatis, vel legati tunc valet, cum testator nominatim vetuit alienari certarum personarum caussa, quibus consultum voluit, L. *filiusfam.* §. *divi*, *de legat.* 1. Id fit, cum vetat alienari, et adjecit, ut fundus ad certas personas perveniat: veluti, cum fundum vetat alienari, ut in familia maneat. Idem fit, cum testator quibusdam personis permittit vendere, et extra has personas alienari vetat: veluti cum fundum libertis legat et vetat extra familiam libertorum alienari,

aut

aut cum tribus legat, Primo, Secundo, et Tertio, et vetat ne quis partem suam vendat, nisi collegatariis. Exempla sunt in L. *unum.* §. *sed etsi* vers. *quod si talia. L. cum pater*, §. *libertis*, *de legat.* 2. Alienatione ita prohibita, rem contra præceptum testatoris
2 alienare non licet. Alienationis † pœna hæc est, ut revocetur alienatio ab his, quorum caussa alienatio prohibita est. Perinde est enim, quasi testator his personis fideicommissum dedisset, si res vetita alienari alienata esset, secus quam testator prohibuisset. Proinde re alienata hæ omnes personæ ad fideicommissi persecutionem vocantur. Et si sint plures gradus earum personarum, hi vocati intelliguntur, qui sunt primi gradus, *d.* L. *unum de leg.* 2.

Sed cum hæc persecutio et revocatio rei alienatæ constituta sit eorum tantum gratia,
3 quibus testator consultum voluit: † evenit interdum, ut quanvis res alienari prohibita alienetur, tamen venditio et alienatio rata sit, nec possit revocari, quod hoc rescripto declaratur. Id autem contingit duobus casibus hic comprehensis. Unus est, si omnes, qui facta alienatione vocabantur ad persecutionem fideicommissi, rem vendiderunt: utputa prohibitus est heres fundum alienare extra familiam, et alienavit; omnibus, qui sunt ex familia, fideicommissi persecutio competit. Dicimus, si hi omnes fundum vendiderint, venditionem revocari non posse. Cujus sententiæ ratio hæc est: quoniam si quis ex his venditoribus potest rem venditam revocare fideicommissi jure, necesse est, ut aut partem a se venditam, aut partem cæterorum revocare non possit, quia vendidit, et si alius eam partem evicisset, is, qui vendidit, de evictione teneretur, L. *ex empto*, *de action. empt.* Ergo si ipse eam partem vindicet, ut evincat: multo magis exceptione removebitur, L. *vindicantem*, *de eviction.* Nam si emptori re evicta ultro actio datur adversus venditorem; multo magis venditore rem evincente, dabitur emptori adversus evictionem exceptio. Cui enim damus actionem, ei multo magis exceptionem quis competere dixerit, L. *invitus*, §. 1. *de regul. juris.* Partem cæterorum, quibus fideicommissi persecutio competebat, revocare non posse, tametsi partem cæterorum non vendidit. Nam in hoc genere fideicommissi hi solum ad fideicommissi persecutionem invitantur, qui judicio defuncti paruerunt, idest, qui et ipsi partem suam non alienarunt. Indignus est enim judicio defuncti, qui contra judicium defuncti facit, dicta L. *cum pater*, §. *libertis*, *de legat.* 2.

Alter † casus est, si hi, qui ad fideicommissi persecutionem invitabantur, non vendiderunt quidem, sed venditori consenserunt; 4
ut si heres prohibitus sit fundum elienare extra familiam, et ipse vendat familia tota consentiente: aut si tribus legatus sit fundus, et singuli prohibiti vendere, nisi collegatariis; unus autem suam partem vendat cæteris consentientibus: qui consenserunt fideicommissi persecutionem non habent, aut certe exceptione pacti ab emptore repelluntur.

Exceptio est sumpta ex edicto prætoris de pactis, quo prætor pollicetur se pacta servaturum. Unde sumptæ sunt hæ regulæ: Licere unicuique suo juri renuntiare. Item, licere unicuique futuri juris persecutionem et præsentis deteriorem pacto constituere, L. *pactum*, *D. de pact.* L. *penult. supr. de pactis.* Item illud: Remittentibus actiones suas non dari regressum, L. *quæritur*, §. *si venditor*, *D. de ædilit. edict.* Hæc enim sunt consequentia edicto, servari pacta.

Ad L.

Ad L. Post mortem. 12.

Impp. Philippus A. et Philippus C. Rufino.

Post mortem suam rogatam restituere hereditatem, defuncti judicio, antequam fati munus impleat, posse satisfacere, idest, restituere hereditatem quarta parte vel retenta, vel omissa, si voluerit, explorati juris est. PP. Id. Octob. Peregrino et Æmiliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Mulier heres instituta, et post mortem suam hereditatem restituere Titio rogata, si viva, detracta quarta ex Senatusconsulto, fideicommissum restituere velit, an possit.*
2. *Verba,* post mortem tuam, *quid significent.*
3. *Natura non est solutio, nisi ejus, quod debetur.*
4. *Restitutio fideicommissi ante mortem heredis in quibus caussis aliis noceat.*

HEres mulier instituta est, rogataque est restituere hereditatem post mortem suam Titio. Viva mulier † fideicommissum restituere vult, detracta quarta ex senatusconsulto, quæritur, an possit? non quæritur de voluntate Titii, nam constat volenti restitui posse, sed quæritur, an possit restitui invito, quasi id sit ex voluntate et judicio defuncti. Quid dubitationem faciat, mox dicemus. Hic respondetur, etiam ante mortem mulierem fideicommissum restituere posse ex senatusconsulto, et quidem ita, ut judicio defuncti satisfaciat. Huic sententiæ videtur refragari certa ratio juris civilis nominatim, et præterea *L. sed et si alio*, 9. §. *ult.* L. *sed etsi ante seq. ad Treb.* Quæ ratio adversetur huic sententiæ, ut intelligatur, sciendum est, hoc fideicommissum, *post mortem tuam restituas*, esse conditionale. Nam † hæc verba, *post mortem tuam*, valent, postquam mortua fueris. Hæc adjectio habent diem incertum. Dies incertus in testamentis conditionem facit. Itaque perinde hoc fideicommissum accipitur, quasi ita dictum esset: *Restituas, si mortua fueris*, nempe per heredes tuos, *L. dies, de condit. et demonstr.* Ideo diserte scriptum est in L. 4. *quando dies leg. ced.* hoc genus fideicommissi esse conditionale; et si Titius fideicommissarius vivente herede decedat, neque fideicommissario, neque ejus heredibus quicquam deberi. Hoc posito consequens est, hoc fideicommissum ante mortem heredis restitui non posse hac ratione: Quod non debetur, solvi non potest, quia † natura non est solutio, nisi ejus, quod debetur, *tit. Institut. quib. mod. toll. obl. in pr.* Quod autem sub conditione debetur, id pendente conditione non debetur *L. cedere diem, de verb. sig.* ergo pendente conditione solvi non potest. Jam vero hoc fideicommissum, *post mortem tuam restituis*, habet conditionem, *si morieris.* Ergo ante mortem restitui et solvi non potest, *L. sed etsi*, 9. L. *seq. ad Trebell.* Diserte scribitur, fideicommissum conditionale pendente conditione restitui non posse: et si forte volente fideicommissario restitutum sit, actiones in fideicommissarium non transire, quia non sit restitutum, ut testator voluit. Respondeo primo ad rationem, quam initio posuimus: fatemur quod sub conditione debetur, quemadmodum pendente conditione non debetur, ita nec pendente conditione solvi non posse. Idque non tantum in certis obligationibus admittimus ex superiore ratione, sed in fideicommisso, ex dicta *L.* 9. §. *ult. D. ad Trebell.* Sed hoc dicimus: Fideicommissum hoc *post mortem heres restituas*, hactenus esse conditionale: quatenus heres vivus fideicommissum non restituit: quod si volet restituere, non est fideicommissum conditionale ex voluntate et judicio defuncti, qui voluit licere heredi etiam ante mortem suam restituere. Id probatur liquido ex verbis hujus rescripti, ubi dicitur, heres ante mortem fideicommissum restituens, satisfacere judicio defuncti, idest, voluntati, ergo testator volebat fideicommissum id etiam ante mortem restitui posse. Idem probatur apertius ex *L. patrem, D. quæ in fraudem credit.* Ubi in hac ipsa specie respondetur, heredem, qui ante mortem suam fideicommis-

missum restituit, plenam fidem et debitam pietatem restitutionis sequi. Ergo fides heredis erat, ut si vellet, ante mortem restitueret: ergo ante mortem si restituit, pie facit, satisfaciens voluntati defuncti. Sic fit, ut dum heres ultro fideicommissum hoc restituere vult, intelligatur fideicommissum ex voluntate defuncti purum esse, non conditionale. Idque ex genere conditionis facile intelligitur. Nam cum testator voluit heredem non restituere, nisi post mortem suam, apparet conditionem adjecisse heredis caussa, ut vivus hereditate frueretur: sed hac conditione, ut non invitus vellet: nam invito beneficium non datur, L. *invito de reg. jur.* Proinde, si voluit hereditatis commodo frui, testator hoc animo est, ut velit illi licere restituere hereditatem fideicommissario, cui post consultum volet.

Ex his responsum ad *L.* 9. §. *ult. et* L. *seq. D. ad Trebellian.* Fatemur enim, ut supra dictum, fideicommissum sub conditione relictum, pendente conditione restitui non posse. Sed jam dixi, fideicommissum, de quo agitur, non esse conditionale, ubi heres ante mortem vult restituere fideicommissum. Hinc consequens est fideicommisso ante mortem heredis restituto, omnia locum habere, quæ haberent, si post mortem restitutum esset ex Senatusconsulto. Primum cum ante mortem heres restituerit fideicommissum, quartam detrahere poterit, si volet: quod hic scriptum est, et tamen non potest, nisi ex Senatusconsulto detrahi, §. *sed quia hered. Institut. de fideicommiss. hered.* Eadem ratione et restituta hereditate transibunt actiones in fideicommissarium, propterea quod restituitur hereditas, ut testator voluit, quod quotiescunque fit, transeunt actiones, ex *d. L. sed etsi* 9. *ad Trebell.* Restitui autem fideicommissum ex voluntate testatoris, etiam ante mortem supra ostendimus. Et probat hoc rescriptum, et *d. L. patrem, D. quæ in fraud. credit.* Quod tamen dicitur in hac specie, fideicommissum ante mortem heredis restitui, sic accipiendum est: nisi restitutio noceat aut fideicommissario, aut aliis, quibus testator eodem fideicommisso consultum voluit.

Fideicommissario nocet restitutio, si is ante mortem heredis sit in patris potestate. Nam si tunc fideicommissum restituitur, non filio acquiritur restitutum, sed patri per filium. Proinde placet hoc casu expectandam esse mortem heredis, quia fieri possit, ut interim filius sui juris efficiatur, atque legatum sibi acquirat, non patri. Aut certe esse expectandum, donec filius liberetur patris potestate ante mortem heredis, L. *filiusfam.* §. *divi.* 1. *D. de legat.* 1. Restitutio fideicommissi † ante mortem heredis, nocet aliis in 4
his caussis tribus, si heres rogatus sit fundum restituere pluribus, puta Primo, Secundo et Tertio, et vivus partem restituat Primo, deinde Primus vivo herede decedat. Nam hoc modo futurum est, ut restitutio hujus partis noceat ejus collegatariis, quia si fideicommissum restitueretur post mortem heredis, totus fundus pertineret ad duos reliquos collegatarios, et pars deficientis illis accresceret. Proinde placet hoc casu idem juris statuendum esse, nec liberari heredes heredis, nisi solidum fundum reliquis duobus collegatariis superstitibus restituant. Nocet præterea restitutio aliis in hac specie; cum heres rogatus est post mortem suam restituere fideicommissum ei ex filiis, cui volet, et vivus unum ex filiis eligat, cui restituit. Nocet hæc restitutio aliis, quia si mors heredis exspectaretur, aut illud tempus, cum heres moreretur, fortasse vel heres, vel heredes ejus alium ex filiis eligerent. Proinde recte quoque hoc casu placuit electionem ante mortem non exstingui, L. *cum pater*, §. *hereditatem et, a filio, D. de legat.* 2. Postremo restitutio aperte nocet aliis in hac specie, cum heres rogatus est, fideicommissum post mortem suam restituere Primo, et si Primus vivo herede decederet, rogatus est restituere idem Sempronio. Hic, inquam, aperte nocet restitutio Sempronio, si heres restituat fideicommissum ante mortem Primo, et Primus vivo decedat herede. Nam ex conditione substitutionis fideicommissum ad Sempronium pertineret deinde post mortem heredis. Quapropter recte hic quoque est responsum, si heres restituat fideicommissum Primo ante mortem, et Primus decedat vivo herede, heredem fideicommisso non liberari, L. *uxorem*, §. *Sejum*, *de legat.* 3.

Ad L.

Ad L. Quoties. 13.

Iidem A. et C. Sembronio.

Quoties principali loco heres institutus testatoris succedit: legata, seu fideicommissa a substituto data posci jure non possunt. PP. VIII. Kalend. Martii Præsente et Albino Coss.

SUMMARIA.

1. *Legata a substituto relicta an debeantur.*
2. *Institutus, qui hereditatem defuncti totam obtinet, an legata ex judicio defuncti præstare debeat.*

TEstator Primum heredem instituit, et ab eo ita legavit, *Peto a te Primo, ut fundum Tusculanum Titio restituas.* Primo Secundum substituit, hoc modo: *Si Primus heres non erit, Secundus esto*, et a Secundo ita legavit: *Rogo te Secunde, ut* 100. *Sempronio des.* Primus heres exstitit, quo factum est, ut excluderetur Secundus, itemque substitutus, L. *post aditam, supra, de*
1 *impuber. et aliis substitut.* Quæsitum est, † an legata a substituto relicta debeantur? Hic scriptum est non deberi, et constat non deberi a substituto, quem hereditate exclusum esse dicimus. Nam cui testamento nihil datum est, ab eo nihil relinqui posse constat, L. *ab eo, supr. h. t.*

2 Sed quæritur, † an institutus, qui hereditatem totam obtinet, hæc legata ex judicio defuncti debeat præstare? Movet dubitationem jus constitutum de substituto. Nam quoties condito testamento quidam sunt instituti, quidam substituti, placet deficientibus institutis legata ab his relicta, a substituto præstanda esse, *L. licet, de legat.* 1. Idem e converso dici debuisse videtur, ut legata a substituto relicta etiam ab instituto præstanda sint. Adversus quam dubitationem hoc rescripto cavetur in totum, legata a substituto relicta non deberi, ut intelligamus neque a substituto deberi, qui nihil accepit, neque ab instituto, a quo relicta non sunt. Differentiæ ratio est, quia substitutus substituitur in locum primi heredis: quo fit, ut non solum in jus, seu commoda, sed etiam in incommoda succedat. Institutus autem non substituitur in alterius locum, ut proinde ex persona alterius nihil præstare debeat.

Ad L.

Ad L. Eam, quam. 14.

Impp. Valerianus et Gallienus AA. Falconi.

Eam, quam frater tuus instituerat, sive quæsita, sive non quæsita hereditate decesserit: cum tamen simpliciter, antequam duodecim ætatis annum implevisset, verbis precariis testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos: nihil prohibet fideicommissum petere, vel ab ipsius heredibus, vel ab his, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habet, quod regulariter traditur, ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere: cum verbis relicta directis adiri potuit hereditas, non cum illa ipsa data est, ut esset ab intestato successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes adseverationem tuam, quasi scripta heres non fuerit jure adoptata. Alioquin si in familia relicta heres facta decesserit: et consequenter ipsius heredes petitione fideicommissi respondere coguntur. PP. XIV. Kal. Decemb. Valeriano III. et Gallieno II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Facti species ex verbis rescripti sigillatim demonstrata.*
2. *Dubitandi in proposito caussæ, et ex his quæstio.*
3. *Hereditate simpliciter jussa restitui quibusdam, omnes heredes rogatos videri de ea restituenda: scriptos si hereditatem adierint, et his non adeuntibus, heredes legitimos. et num.* 8.
4. *Generalem et indefinitam orationem de restituenda hereditate id efficere, et quo exemplo.*
5. *Directam substitutionem non adita hereditate evanescere, fideicommissariam manere, si testator hoc animo sit, ut hereditas sua restituatur a quibuslibet heredibus; differentiæ ratio exposita.*
6. *A legitimis heredibus qui aliquid præstari jubet testamento, satis declarat se velle, ut ea scriptura in eum casum habeatur pro codicillis.*
7. *Adoptata puella si a patre instituta esset, futurum fuisse, ut viva omnimodo patri demortuo heres exsisteret: quo casu fideicommissum deberi, et eo obligari heredes puellæ, quam recte hic dicatur.*
8. *Summa rescripti.*
9. *Regula juris*, ea, quæ testamento relinquuntur si ex eo non adeatur hereditas, non valere, *quam rationem habeat.*
10. *Hactenus jure communi veram esse, nisi testator velit scripturam testamenti pro codicillis valere, aut quod idem est, velit id, quod testamento relinquebatur, etiam ab heredibus legitimis præstari.*
11. *Hinc exceptiones variæ ex eodem fonte natæ jure communi, et quæ sint.*
12. *Ejusdem regulæ et jure singulari quasdam exceptiones esse, tum quæ in hoc numero habendæ sint, aut non sint.*
13. *Lectio vulgaris vitiosa*, Eam quam, *et non aliter recte legi posse, quam*, Ea, quam.

1 Testator puellam † adoptaverat, sed non jure, ut postea compertum est: sic enim Falco consultor asseverabat, ut indicat extremum rescripti. Finge testatorem absentem arrogasse, vel testatorem gessisse tutelam puellæ; quibus casibus arrogatio non valet. L. *neque ei*, L. *neque absens, et* L. *seq. D. de adopt.* Is testator, sive quod puellam haberet pro justa filia, sive quod putaret filiam esse; eam heredem testamento instituit, non ut filiam, idest, non ita, ut filiam nominaret; sed solum illam heredem instituit suo nomine, ut patet ex his verbis, quæ sunt in principio: *Ea, quam frater tuus heredem instituerat.* Quod dicimus, ut sciamus eam puellam potuisse hereditatem adi-

re,

re, si vellet: quæ alioqui non potuisset, si ut filia fuisset instituta. *L. 5. supr. de testam.* L. *nec apud*, *supr. de hered. inst.* Hoc amplius testator voluit eodem testamento ei puellæ quosdam esse substitutos, puta Primum et Secundum. Ei, subintellige, *mortuæ*, quod intelligitur ex his verbis rescripti, *peti fideicommissum potest vel ab ejus puellæ heredibus.* Non sunt heredes, nisi demortui. Item dicitur in extremo, *si heres factus decesserit.* Sed testator voluit ei substitutos quosdam verbis precariis, ut adjicitur in rescripto, idest, verbis fideicommissi; ea verba quæ sint, traditur in §. *ult. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.* Itaque hic sensus est: testator voluit quibusdam hereditatem suam restitui. Adjicitur in rescripto, testatorem voluisse quosdam esse puellæ substitutos, antequam duodecimum annum implevisset. Nam diximus hos esse substitutos non viventi, sed mortuæ. Adjicitur amplius, esse substitutos simpliciter. Quod habet hanc sententiam, testatorem ita voluisse hereditatem restitui, si puella intra duodecimum annum decessisset, ut cum id dixisset, nihil amplius adjiceret, sed solum diceret se velle hereditatem illis et illis restitui. Ita in summa institutio et fideicommissum testamento relictum sunt ejusmodi: *Sempronia puella mihi heres esto: si Sempronia intra duodecimum ætatis annum decesserit, volo hereditatem meam restitui Primo et Secundo*: ut intelligamus hic non fuisse substitutionem directam, sed fideicommissum, quod testator voluerit relinquere non ab hoc, vel illo herede, sed simpliciter restitui, quisquis heres eam hereditatem obtineret. Dicitur autem hoc fideicommissum substitutio, et fideicommissarii dicuntur hic substituti, quia etiam fideicommissum substitutionis nomine continetur, diciturque usitate substitutio fideicommissaria. L. *coheredi*, §. *cum filiæ*, *D. de vulg. subst.* Mortuo testatore, post etiam puella intra duodecimum annum decessit non adita hereditate, unde quæstio maxime hujus loci, ut declarant ea verba rescripti: *Nam quod traditur.* Hinc enim evenit, ut cum puella non esset sua heres defuncti, utpote non legitime adoptata, et extranea hereditatem non adierit: evenit, inquam, ut non quæsita hereditate decesserit: et simul ut testator decesserit intestatus, utpote, testamento ejus, nemine herede exsistente, irrito facto, ut est definitio intestati in *Inst. de hered. quæ ab intest. def. in pr.* L. *in fl. D. de injust. rupt.* Intestati hereditas post filios et parentes ad proximos agnatos et cognatos pertinet. *Instit. de success. cognat.* in quo numero est defuncti testatoris frater Falco, qui eo nomine etiam fratris intestati hereditatem adivit, et intestati jure eam hic obtinet. Fideicommissarii Primus et Secundus petunt ab eo, ut sibi restituat hereditatem ex caussa fideicommissi superioris, cujus conditio exstiterit.

Falco † negat fideicommissum se debere, 2 et ita se tuetur. Fatetur fideicommissum peti potuisse, si puella hereditate quæsita decessisset, sive quod extitisset ipso jure heres, sive quod extranea hereditatem adivisset. Nam hoc modo confirmatum esset testamentum, et per testamentum ea omnia, quæ testamento cauta essent; sic deinde puella hereditatem quæsitam transmitteret ad heredes suos, L. 1. *sup. de jur. deliber.* a quibus fideicommissum recte peti potuit, quia videtur puella rogata esse, aut heredes ejus. Nunc autem puella decessit non quæsita hereditate. Non enim exstitit ipso jure heres, quoniam non fuit filia defuncti, multoque minus in defuncti potestate, utpote quæ non fuerit jure adoptata, ut intelligitur ex definitione suorum *in* §. 1. *Institut. de hered. quæ ab intest. et* §. *fin. eodem titul.* Sed nec extranea hereditatem adivit, de quo constabat. Hoc concesso, defendit se fideicommisso non teneri duabus rationibus. Una est, quod etsi fideicommissum valeret, tamen relictum non est a legitimis heredibus: cui consequens est fideicommissum tantum deberi vel a puella, vel a puellæ heredibus. Ipse autem puellæ heres non est, sed defuncti fratris, qui intestatus decessit. Altera, quod etsi fideicommissum hoc nominatim relictum esset ab heredibus legitimis, tamen frustra relictum esset, quia non esset adita ex testamento hereditas. Efficiturque id regula juris, qua traditur, ea, quæ in testamento relicta sunt, non valere, si ex eo adeatur hereditas. Quæ regula hanc rationem habet, quod non potest ex testamento quidquam valere, nisi aut tanquam ex testamento, aut tanquam ex codicillis. Sunt enim hæ tantum duæ species supremarum voluntatum L. *si idem.* L. *ult.* §. *ult. supr. de eod.* Testamentum irritum factum, ut testamentum valere non potest: nec potest valere ut codicilli, cum testator nominatim non cavit, ut tanquam codicilli valeret, L. *coherede*, §. *cum filiæ*, *D. de vulgar. substit.* L. 1. *D. de jur. codicill.* Quæstio, an fideicommissum debeatur, et an a Falcone legitimo herede fratris peti possit?

Respondent † Imperatores, fideicommissum 3 de-

deberi, sive ea puella, quam testator instituit, decesserit quæsita hereditate, sive hereditate non quæsita: atque ita fideicommissum peti posse, vel ab ejus puellæ heredibus, vel ab iis, qui intestati hereditatem possident, qualis est Falco consultor: non tamen ut ab his, vel illis peti possit eodem tempore, sed diversis, prout puella quæsita hereditate decesserit, aut non quæsita hereditate. Peti ab ejus heredibus poterit, si ipsa heres exstitit: sic enim hereditatem quæsitam transmittit ad heredes suos, quam deinde illi possunt restituere. Peti autem potest ab heredibus legitimis defuncti, cum puella non quæsita hereditate decesserit: sic enim fit testator intestatus, ut proinde ejus hereditas ad legitimos ejus heredes pertineat. Neque vero teneutur restitutione fideicommissi, seu hereditatis, nisi heredes, qui hereditatem possident. Utut autem ab his aut illis petitio futura est, illud manet, fideicommissum in proposito peti posse ab heredibus legitimis, si puella non quæsita hereditate decessit.

Ad primam defensionem Falconis respondetur in illis verbis *cum tamen simpliciter*.

4 Est enim † hic sensus: non obstat, quod fideicommissum relictum non est ab heredibus legitimis. Sane enim expressum ab his relictum non est: sed generaliter satis relictum intelligitur. Nam testator *simpliciter* voluit, hereditatem suam restitui Primo et Secundo: simpliciter, idest generaliter et indefinite, sine expressione personæ, a qua hereditatem restitui vellet. Generali oratione omnes heredes continentur, ad quos ea hereditas pervenire potest, argumento L. *si servitus*, *D. de serv. urb. præd.* Proinde continentur heredes tam puellæ, quam heredes legitimi defuncti. Idque simpliciter respondetur in hac specie, ut veteres responderunt in edicto: *Quod metus caussa*, Edictum ita scriptum est, *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo. L.* 1. *D. quod metus caussa.* Non dixit prætor, *quod gestum est ab hoc, vel illo:* non dixit, *ratum non habebo adversus eum, qui vim fecit*, sed simpliciter et generaliter, *ratum non habebo.* Inde veteres edictum sic acceperunt, quasi polliceretur prætor, se ratum non habiturum adversus omnes, qui commodum ex vi sensissent, quia edictum non esset in personam sed generaliter conceptum, et in rem, L. *metum autem*, §. *ult. D. quod metus caussa.* Sic in proposito, quia testator voluit simpliciter hereditatem suam restitui, nec adjecit ab hoc, aut illo, intelligere debemus voluisse eum hereditatem suam restitui ab omnibus heredibus, ad quos ea hereditas pervenisset.

Secundam rationem et defensionem Falconis removent Imperatores in illis verbis; *Tunc enim locum habet.* Est enim hæc sententia: Quod diximus, etiam hoc fideicommissum peti posse ab heredibus, qui intestati bona possident, non est in eo metuendum, quod dicitur de viribus fideicommissi. Nam etiam tunc, cum puella non quæsita hereditate decessit, fideicommissum valet, quia testator ab intestato restitui voluit.

Non † obstat quod regulariter traditur, ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex eo non adeatur hereditas, non valere. Nam id tunc locum habet, cum hereditas verbis directis relicta potuit adiri, supple *ex substitutione*: de quo genere hic agitur, idest, tunc locum habet, cum substitutio fuit directa, hoc modo: *si puella intra duodecimum annum decesserit, primus et secundus heredes sunto.* Idque hanc rationem habet, quod testator ex hac substitutione vult hereditatem suam capi ex testamento, quoniam institutio omnis nisi ex testamento, non valet. Quod secus est si ex testamento non vult hereditatem ab intestato capi. Pugnant enim ex testamento, et ab intestato, et si uni caussæ locus est, alteri locus esse non potest. L. *quandiu potest*, L. *illud*, *D. de acquirend. hered.* L. *jus nostrum*, *D. de regul. jur.* Diversum est, cum hereditas ex substitutione fideicommissaria ita data est, ut esset ab intestato a successoribus postulanda, ajunt Imperatores: idest, cum ita data est, ut præstari deberet ex voluntate defuncti etiam ab heredibus ab intestato succedentibus: quod hic factum est, ut supra demonstravimus. Et habet hæc sententia hanc rationem: quod cum testator voluit hereditatem deberi etiam ab intestato, hoc ipso probavit se velle tunc eam præstari, cum testamentum non valeret. Nam si valeret, utique ab intestato hereditas non deferretur. L. *illud*, *D. de acquirend. heredit.* 5

Sed hæret † adhuc hic scrupulus, quem Imperatores attingere non videntur, quod fideicommissum hoc non potest deberi ab intestato, nisi ex codicillis. Sunt enim tantum hæ duæ species supremarum voluntatum, ut supra dixi. Jam vero non potest tanquam ex codicillis deberi, ubi testator non expressit, ut tanquam codicilli valerent, dicta L. *coheredi*, §. *cum filiæ*, *D. de vulg. substit.* Verum satis hoc significasse intelligitur testator, cum voluit hereditatem etiam ab intestato restitui: non enim potest restitui ab intestato, nisi ex codicillis. Proinde hoc prius voluisse intelligitur, ut ea scriptura testamen- 6

ti

ti pro codicillis valeret. Nam quoties aliquid volumus, ea etiam omnia velle intelligimus, sine quibus ad illud prius perveniri non potest, *L. 2. D. de jurisd. d. L. illud, D. de acq. hered.*

Sequitur in rescripto, *Quod rescripsimus.* Hæc verba subjecta sunt vitandæ reprehensionis caussa, quæ ex proximo responso oriri poterat. Est enim hic sensus: Quod proxime diximus, in eum casum, quo puella hereditate non quæsita decessit, ne videatur, inepte dictum in puella, ut nunc proponitur, adoptata: quasi potius videatur dici debuisse, decessisse eam quæsita hereditate, quia si fuit jure adoptata, et mansit in potestate defuncti, etiam defuncto exstiterit sua heres, neque in eo desideret aditionem. §. *sui, Inst. de her. quæ ab intestat. defer. L. in suis, D. de suis et leg. her.* Hoc enim rescripsimus, inquiunt, sequentes asseverationem tuam, qui proposuisti puellam non fuisse jure adoptatam. Quod si verum est, et non adita hereditate puella decessit, consequens est, eam non quæsita hereditate decessisse. Ad hanc consultationem tuam, rescriptum nostrum accommodavimus. Cæterum si puella fuit jure adoptata, et in familia defuncti relicta est, hæc defuncto patri adoptivo heres exstitit, ac propterea quæsita hereditate decessit: quo casu multo magis valebit fideicommissum, sed quod ab heredibus puellæ peti debeat, non a te, qui ejus puellæ heres non es.

7 Quod † dicunt Imperatores, puellam hanc heredem factam decessisse, si in familia relicta fuit, sic jure plenius colligitur, quod paulo ante obiter attigi. Si puella jure adoptata est a defuncto, fuit olim in defuncti potestate. Ut enim natura justi liberi fiunt nuptiis, sic jure civili adoptione: et utroque modo liberi subjiciuntur patris potestati. *L. 1. D. de adoption. Instit. eod. in pr.* utque adoptivi dicuntur esse in patris adoptivi potestate: sic dicuntur esse in patris familia, eodem sensu. Nam familia significat omnes personas, quæ sunt in alicujus potestate, *L. pronuntiatio*, §. *1. D. de verb. sign.* unde dicuntur arrogati transire in jus et familiam patris arrogatoris. *L. penult.* §. *ult. D. de bon. poss. sec. tab.* Si puella semel potestati patris per adoptionem subjecta, in potestate et familia retenta est, apparet eam in potestate morientis patris fuisse. Retinetur autem in familia si aperte non emancipatur a patre vivo, et in civitate manente. §. *præterea, Inst. quibus modis jus patriæ potestat. solv.* Qui liberi sunt in potestate morientis patris, hi sunt patri sui heredes, sive sint naturales, sive adoptivi. §. 1. *Institut. de her. quæ ab intest.* Porro jus certum est, suos heredes statim heredes defuncto patri exsistere etiam invito, multo magis ignorantes, unde non solum impuberes, sed etiam furiosi statim sui heredes exsistunt. §. *sui, Inst. de her. quæ ab intest.* Recte igitur dicunt Imperatores, puellam hoc casu heredem factam decessisse, quæ ipso jure et statim heres facta est. Quod secundo loco significant, puella ita herede facta fideicommissum deberi, manifestam rationem habet. Nam cum suus heres exsistit, testamentum confirmatur, utpote quod heredem habere cœpit. L. *cum quasi*, §. *sed etsi quis, D. de fidei. lib.* Confirmato testamento nihil dubii est, quin omnia valeant, quæ testamento relicta sunt. Quod dicunt tertio loco, hoc casu fideicommisso respondere debere heredes puellæ, id est fideicommisso obligari; non Falconem consultorem, hoc quoque certa ratione juris defenditur. Non enim possunt teneri ad hereditatem restituendam, nisi qui jure hereditatem obtinent. Cum autem puella semel heres exstitit, hereditatem sibi quæsitam ad heredes suos transmittit. *L. 3. supr. de jur. delib.* Quapropter non alii heredes obligari possunt, ut eam hereditatem restituant, quam heredes puellæ, ad quos hæc hereditas rediit.

His † cognitis statuatur jam rescripti summa, duabus his sententiis, velut capitibus comprehensa. Una est, cum testator post mortem heredis instituti vult hereditatem suam quibusdam restitui, et ita vult, ut simpliciter dicat se velle eam restitui, idest generaliter et indefinite, non expressa persona heredum, a quibus fideicommissum restitui vellet: his verbis videri eum compendio sermonis rogasse omnes heredes, ad quos ea hereditas perventura est, etiamsi sint heredes legitimi. Altera est, quoties testator fideicommissum præstari voluit, etiam ab intestato ab heredibus legitimis, toties etiam non adita ex testamento hereditate fideicommissum deberi, neque huc pertinere regulam juris, qua traditur, ea, quæ testamento relinquuntur, si ex eo non adeatur hereditas non valere. Quorum ratio est exposita. 8

Sed quoniam prius extra speciem hujus loci statuitur superior regula, cujus velut quædam exceptio est, quod hic traditur, locus flagitat, ut in eam ipsam regulam hic inquiramus, videamusque, num extra hunc locum sit perpetua: si non est, quas habeat exceptiones, et quam cum definitione generali juris

juris consentientes. Idque eo visum est faciendum diligentius, quod si vera sunt ea, quæ excipiuntur ab Accursio, et si recte ad hanc regulam accommodantur, innumeris in caussis hæc regula falsa est. Quod longe aliter se habet, quin ex illis exceptionibus quædam falsæ sunt; bona pars non modo a regula non recedit, sed etiam eam maxime confirmat. Sed et in illis, quæ veræ sunt, tradendis explicandisque, ne juris ratio secum pugnare videatur, dexteritas quædam est adhibenda, quæ bonis illis veteribus injuria temporum sæpe defuit, hic maxime. Quare quæ ad rem pertineant, hic præcipue videndum puto.

9 Principio † regula hanc rationem habet quam dixi. Si quid testamento relictum valet, necesse est aut testamento valere, aut codicillis. Non enim pluribus modis supremæ voluntates valent. L. *ult.* §. *ult.* *C. de eod.* Hereditate non adita, atque hoc modo testamento irrito facto, ea, quæ testamento relicta sunt, certum est ex testamento, quod nullum esse cœpit, deberi non posse. Atqui non possunt deberi ex codicillis, quia testator testamentum facere voluit, non codicillos. *L.* 1. D. *de jur. codicill.* L. *ex ea scriptura*, *in princ.* *D. qui testament. facere poss.*

10 Hoc † tamen posterius ita, nisi testator eam scripturam, quam pro testamento instituebat, voluerit etiam pro codicillis valere, idque testamento declaraverit. Tum enim commutata ratione superiore, fit jure communi, ut quæ ea scriptura relicta sunt, valeant tanquam ex codicillis, voluntate testatoris id postulante, quæ jam proprie non exceptio est regulæ, sed interpretatio. Exceptio est, si ad verba referas: interpretatio, si ad sententiam: quoniam sententia regulæ ad hunc casum non pertinet. Traditur autem hæc sententia multis locis. L. *ult.* §. 1. *supr. de eod.* dicta *L. ex ea scriptura*, §. 1. *D. qui test. fac. poss.* L. *coheredi*, §. *cum filiæ*, *D. de vulg. subst.* Ergo idem juris est, ubi testator voluit id quod testamento relinquebatur, etiam ab intestato ab heredibus legitimis præstari, quoniam hoc idem valet, atque si de codicillis expressisset. Neque enim relicta deberi possunt ab intestato, nisi testamento irrito constituto, et id tanquam ex codicillis: expressa est rursum hæc sententia in L. *ex testamento*, *infr. hoc tit.* significatur in *d. L. ex ea scriptura*, *in fin.* item et *in hac L. ea quam.*

11 Solum † hic videndum est, quando testator id, quod testamento relinquit, velit etiam ab intestato præstari. Nam quibus rebus id constabit, in his omnibus dicimus id, quod relictum est, etiam non adita hereditate deberi, nempe ab intestato ex voluntate testatoris. Hæc autem voluntas testatoris intelligitur ex eo, si testator voluerit post mortem heredis instituti hereditatem restitui quibusdam, idque simpliciter dixerit se velle, nulla expressa persona heredum, a quibus restitui vellet. Nam his verbis indefinitis et generalibus intelligitur comprehendisse de omnibus heredibus, ad quos ejus hereditas pervenisset: hæc est propria species hujus rescripti. Idem de voluntate testatoris colligitur, cum testator testamento obnixe rogavit heredem suum, et per Deum, ut aliquid Titio præstaret: obnixæ voluntatis preces, inquit Papinianus, ad omnem successionis speciem porrectæ videntur. Ideo ex voluntate testatoris heres præstabit, non tantum si hereditatem adierit ex testamento, sed etiam si testamentum imperfectum sit, et adierit ab intestato. L. *cum pater*, §. *cum filius*, *D. de leg.* 2. Eadem voluntas testatoris collecta est ex persona ejus, cui testamento quid præstari voluit, si hæc duo concurrant, nempe si testator eam personam dilexerit unice, et in legando, eam dilectionem verbis significaverit. Quod placuit in persona ejus testatoris, qui testamento alumnæ suæ libertatem dedit, et præterea quædam præstari voluit: in qua specie scriptum est in *L. in testamento*, *D. de fid. liber.* non solum alumnæ libertatem constitutam esse, sed etiam ea, quæ testamento relicta sunt, præstanda esse, reddita hac ratione, quia filius pius debuerit patris voluntatem sequi in ea, quam pater unice dilexit, et alumnam nominavit. Probatur argumento *L. Antoninus*, *in fi. D. de fidei liber.* ubi si testator paganus jusserit servum suum testamento liberum esse, et ei voluerit aliquid amplius præstari: placet hereditate ex testamento non adita, solam libertatem favore libertatis ei servari fideicommissum autem ex testamento irrito non deberi. Cur hæc tam varie? quia testator neque hunc servum dilexit, neque si dilexisset, de hac caussa dilectionis quidquam significavit verbis: ut tunc fecit, cum aliquid puellæ legavit, et addidit, *alumnæ meæ.* In quibus omnibus caussis apparet, non novas exceptiones regulæ nasci, sed declarari tantum, quando testator videatur voluisse a se relicta etiam ab intestato præstari. Itaque summa huc redit: jure communi hereditate ex testamento non adita, nihil in eo testamento scriptum valere, nisi testator, ut valeret, voluerit: quod duobus casibus velle intelli-

gitur

gitur; uno, si nominatim voluit scripturam testamenti quovis jure valere; altero, si voluit, quod testamento relictum erat, etiam ab intestato præstari: quanquam uterque casus idem efficit. Nam qui vult scripturam etiam jure codicillorum valere, vult eam valere ab intestato, quia sublata caussa testamenti sola caussa intestati relinquitur: et vice versa, qui vult relictum ab intestato præstari, hoc ipso vult præstari ex codicillis, quia ex suprema voluntate nihil possit deberi, nisi aut testamento, aut codicillis, ut ante dixi.

12 Et † hæc jure communi ita sunt: cæterum singulari quodam et proprio jure receptum est, quibusdam in caussis, ut hereditate non adita nihilominus valeant, quæ testamento relicta sunt, etiam præter voluntatem testatoris, qui non voluit aliud facere, quam testamentum. In quibus vere dixerimus consistere superioris regulæ exceptiones. Primum id receptum est in eo herede, qui testamento scriptus ab intestato possidet hereditatem: si modo in fraudem omissa caussa testamenti possideat: quod edicto prætoris effectum est adversus calliditatem heredum. L. 1. *D. si quis om. causs. test.* Deinde generaliter constitutionibus Justiniani receptum, idest, quoties certis ex caussis rescinditur institutio, ut ea rescissa, hereditas ad alios, quam heredes scriptos pertineat. Rescinditur institutio constitutionibus Justiniani præteritis, aut immerito exheredatis liberis, vel parentibus. Rescissa institutione ex caussa præteritionis, vel exheredationis, nihilominus cætera testamento relicta firma manent. *auth. ex caussa sup. de lib. præt. vel exh.* Hæc exceptio continet speciem L. *cum mater*, *D. de inoff. test. et* L. *ult. D. de her. inst.* ubi mater filiam præteriit aliis heredibus institutis, sed ideo, quia falso rumore allato audierat filiam decessisse. Placuit principibus illius temporis, filiam heredem esse ex tacita voluntate testatricis; sed nihilominus legata debituram hac ratione, quod si mater scivisset filiam vivere, eam instituisset. Justinianus autem multo plus complexus est constitutione sua. Voluit enim institutione ex caussa præteritionis, vel exheredationis rescissa omnino legata deberi, etiamsi parens consulto filiam præterierit, aut exheredaverit. Proinde hac constitutione multo magis superior species continebitur: ut valde ineptum sit propter eam speciem novam exceptionem fingere. Eadem constitutione continentur legata, quæ petita bonorum possessione contra tabulas ex edicto, præstanda sunt certis personis, nempe parentibus et liberis, de quo in *L. 1. D. de leg. præst.* Ea enim constitutione efficitur, ut petita bonorum possessione contra tabulas ex caussa præteritionis, legata præstentur omnibus, non tantum parentibus et liberis, sed etiam maxime extraneis. Quare ne in his quidem legatis, quæ ex edicto præstanda sunt parentibus et liberis, novam exceptionem introducere oportuit. Rescinditur præterea institutio, si liberi, vel cognati captivum testatorem non redemerint, aut redimendum curaverint, ita ut ex hac caussa exheredari possint. Hoc amplius etsi sint heredes instituti, placet eos, qui in suprascripta caussa sint, ad hereditatem non admitti: ut necesse sit hereditatem ab his adiri non posse. Et tamen hoc placuit cum hac exceptione, ut legata eo testamento relicta præstentur, *auth. si captivi*, *sup. de Episc. et cleric.* Rescinditur etiam institutio alia constitutione Justiniani ex hac caussa, si liberi parentem furiosum neglexerint, aut contra. Itaque quanvis ante furorem filius institutus esset a patre: tamen ob hanc caussam heres non erit patri. Sed ita, ut placeat nihilominus cætera firma manere. *auth. liberi furiosi*, *sup. de epis. aud.* quæ tria ad unam illam exceptionem generalem pertinent, quam secundo loco posui, et jure singulari constituta esse apparet. Postremo, singulari jure receptum est in libertate, quæ testamento perfecto relicta est, ut hæc debeatur, quanvis ex testamento adita non sit hereditas, L. *Antoninus*, *in fin. D. de fideicom. liber.* Quo exemplo recte defendetur etiam, hereditate ex testamento non adita deberi ea, quæ ad pias caussas relicta sunt, puta in pauperes, aut in institutionem juventutis. Pietatis enim caussa non minus favorabilis est, quam libertatis. Ad superiorem regulam non pertinent eæ caussæ, ex quibus hereditas heredi tanquam indigno aufertur, et fisco vindicatur. Nam in his caussis omnibus heres, quanvis indignus, nihilominus heres est, et hereditatem recte adit ex testamento, licet ei tanquam indigno postea auferatur hereditas. L. *ex facto*, §. *ult. D. de vulg. subst.* Et quanvis heres scriptus non adierit, tamen fiscus in ejus locum succedit, et tanquam si heres institutus esset, sic hereditatem potest adire, ut jure privati heredis in eo utatur. *L. fiscus*, D. *de jur. fisc.* Ita etiam secundum suprascriptam regulam, cum hereditas ab indigno fisco vindicata est, nihilominus legata debebuntur a fisco, quia hereditas adita est. *L.* 3, §. *cum ex caussa*, *D. de jur. fisc.* Quocirca male ex superiore regula excipitur species.

cies. L. 3. *D. de his*, *quæ test. del.* ubi si testator nomen heredis induxerit consulto: placet sic institutiones in eo herede non valere, ut nihilominus legata debeantur. Etenim in hac specie hereditas heredi, cujus nomen inductum est, tanquam indigno aufertur, et vindicatur fisco, nempe quia ex testamento prius adita est. *L. cum quidam*, *D. de his*, *quæ ut indig. auf.* Nihilo rectius excipitur species, *L.* 1. §. *sed si legatum*. *D. si quis aliquem test. prohib.* ubi placet, si quis prohibuerit aliquem libere testari, et heres sit institutus, et ab eo relicta legata, hereditatem ei tanquam indigno auferri, et nihilominus legata præstari debere. Eadem ratio est. *L. cum fisco*, *D. de sen. Syllan.* ubi ideo heredi hereditas tanquam indigno aufertur, et adjicitur fisco, quia non est ultus mortem ejus, cui successit. Regula superior concepta est de eo testamento, ex quo non est adita hereditas. In suprascriptis autem caussis hereditas aditur, vel ab herede scripto, vel a fisco: ut appareat, quod diximus, has caussas ad regulam non pertinere. Neque vero nisi ineptissime a regula excipi potest, quod regula non continetur: ut ridiculus sit omnino, si quis dicat, se legare libros suos omnes, exceptis lapidibus, qui sunt in cœnaculo.

13 Expendenda † est lectio, quæ est in principio rescripti. Vulgaris lectio est, *Eam*, *quam.* Alii legunt, *Ea*, *quam*, Prior lectio defendi nullo modo potest, neque recto ordine sermonis, neque figurato. Nam si recto sermone, ita legimus; *Nihil prohibet eam fideicommissum petere*, *quam frater tuus instituerat heredem*; sententia aperte falsa est. Non enim ea puella fideicommissum petit, cui fideicommissum relictum non est, sed fideicommissarii ab ea petunt. Quod si legimus; *Nihil prohibet fideicommissum peti eam*, pro *ab ea*, *quam frater tuus heredem instituit*: hic quoque sententia manifeste falsa est, et aliena. Nam proponitur in rescripto puella jam decessisse, a puella autem mortua fideicommissum peti non potest; etiamsi proponeremus eam adhuc viventem rogatam restituere hereditatem fideicommissariis. Deinde repugnat contextus et structura orationis, quo minus ita interpretemur. Sequitur enim continenter, nihil prohibet fideicommissum peti vel a puellæ heredibus. Dicendum igitur prius fuisset, *nihil prohibet fideicommissum peti vel ab ea puella*, *vel ab ejus heredibus*, ut sic oratio cohæret casibus. Sunt, qui lectionem defendant figura orationis Græca, ut sit, *eam*, *quam*, pro, *quam eam*, ut in illo loco Virgilii:

Urbem, *quam statuo*, *vestra est.*

quod defenditur conversis verbis, ut sit, *quam urbem statuo*, *vestra est.* Sed in verbis hujus rescripti nihil est simile. Recte enim et naturaliter dicimus, *quam urbem*, ubi adjectivum et substantivum naturaliter conjunguntur. At *quam eam*, nullo sensu; nulla ratione sermonis recte dicere possumus, ubi utrumque est adjectivum. Restat igitur, ut legamus, *ea*, *quam frater tuus.* Estque hæc structura orationis: *Sive ea*, *quam frater tuus instituit*, *quæsita*, *sive non quæsita hereditate decessit*, *nihil prohibet fideicommissum petere substitutos vel ab ejus puellæ heredibus*, *vel ab iis*, *qui bona intestati tenent*, *dum testator voluit ex quosdam substitutos*, *idque verbis precariis*, *et simpliciter.* *Ad* L.

Ad L. Quanvis. 15.

Idem A. Philocrati.

Quanvis simpliciter te ac fratrem tuum aliquis instituerit heredes, ejusque hereditatis commodum pater ex tua fratrisque persona pro portionibus vestris potestatis ratione quæsierit: tamen quia inferioribus verbis testamenti vos sui juris facere testator curavit, intelligi potest restituendæ hereditatis commodo fideicommisso patrem obstrictum esse. PP. VI. Idus Octob. Romæ Maximo II. et Glabrione Coss.

SUMMARIA.

1. *Species hujus legis, et quid in ea juris. et num.* 2.
3. *Quicquid in testamento lege pactove cavetur, vel adjicitur, id semper ita accipiendum est, ne supervacuo, aut inutiliter cautum sit.*
4. *Pater rogatus emancipare liberos, an cogi possit, ut emancipet.*

1 Testator † duos filios Titii in patria potestate constitutos, heredes instituit, et rogavit Titium patrem, ut filios emanciparet: de hereditate autem a Titio filiis restituenda nihil adjecit, et ita filios hos instituit simpliciter, ut in principio hujus rescripti dicitur, idest, tantum instituit; non autem hoc amplius eos substituit patri per fideicommissum. Mortuo testatore filii jussu patris Titii hereditatem adierunt; ita hereditas jure patri quæsita est, olim quidem in totum, *L. placet, de acquirend. hered.* nunc autem ex constitutione Justiniani quoad usumfructum, dixi §. 1. *Instit. per quas personas L. cum oportet, infr. de bon. quæ lib.* Proinde pater voluntatem testatoris secutus, ultro liberos emancipavit. Emancipati petunt a patre, ut sibi hereditatem restituat. Obstant liberis duo. Primo, quod hereditas est patris, nempe jure potestatis per filios illi quæsitæ. Deinde, quia pater non est illis obligatus, nam non est rogatus quicquam a testatore liberis restituere.

2 Consulti † Imperatores respondent, patrem filiis fideicommisso obstrictum esse commodo restituendæ hereditatis: commodo, idest, ad commodum hereditatis, more Latino idest, in hoc, ut restituatur hereditas patri quæsita. Non obstat, quod hereditas patris est vel in solidum, vel quoad usumfructum: non enim liberi petunt eam tanquam suam, sed jure fideicommissi: fideicommisso autem relicta est liberis. Non obstat, quod liberi sint simpliciter instituti, ut in principio dicitur, idest, ita instituti, ut nullum fideicommissum, nulla substitutio fideicommissaria adjecta sit. Nam etsi verbis aperte de fideicommisso cautum et comprehensum non sit: tamen satis comprehensum intelligitur hoc ipso, quod testator curavit liberos emancipari, idest, petiit a prætore, ut emanciparentur.

Sed unde ex his verbis colligitur fideicommissum, cum nihil commune habeat emancipatio cum restitutione hereditatis: nihil enim prohibet, quo minus liberi sint emancipati, et tamen hereditatem non habeant? Sed responsio sumitur ex regula, quæ generaliter est tuenda: Quicquid † in testamento lege 3
pactove cavetur, vel adjicitur, id semper ita esse accipiendum ne supervacuo et inutiliter sit cautum, argumento L. *si quando, de legatis* 1. L. 1. *ad Municipal. L. item,* §. *ult. de servit. rustic. præd. L.* 3. *in fin. de pact. et similib. locis.* At in specie proposita inutile est liberis caveri a testatore, ut emancipentur a Titio patre, nisi in hoc emancipentur, ut sui juris facti hereditatem sibi habere possint, ita ut non acquirant patri. Nam sine hac interdum eis emancipatio nocet. Proinde hanc institutionem sic accipiemus, quasi testator voluerit, filios emancipari, et emancipatos sibi obtinere hereditatem: quod quoniam facere non possunt, nisi illis a patre hereditas restituatur, ideo necesse est patrem fideicommisso oneratum fuisse. Valde congruit in hanc sententiam L. *item, D. de servit. rust. præd.* Constat autem etiam a patre, cui per filium est quæsita hereditas, legatum et fideicommissum relinqui posse, ut dictum ad *L. ab eo supr.*

Sed hæc ita sunt, si pater ultro liberos emancipaverit, ut proposuimus: quod si non eman-

emancipet, frustra liberi adversus eum agent de eo, quod patri semper acquiretur, *L. lis*
4 *nulla, de judic.* ideo † quæritur, an pater cogi possit emancipare, de quo dissentanea scripta videntur. Nam in *L. filiusfamilias, §. ut quis, D. de legat.* 1. nominatim est scriptum, patrem rogatum emancipare filios, non cogi, ut emancipet; quia potestas patria inæstimabilis res est. Contra in *L. si cui legatum, D. de cond. et demonstr. in pr. et extrem. legis*, scriptum est patrem liberos emancipare debere; idque in specie hac constitutum esse. Sic hi loci conciliandi sunt: Pater, qui ex testamento aliquid consequitur, et rogatur filios emancipare jure fideicommissi, non tenetur, ut filios emancipet, id quod scribitur in dicta *L. si cui legatum, in princ.* In hanc sententiam scriptus est §. *ut quis d. L. filiusfamil. de legat.* 1. Illic autem quæritur, an quod testator cavit in caussis illis propositis, tanquam fideicommissum peti possit: sed quod a patre tanquam fideicommissum recta peti non potest, id obliqua via ab eo peti potest et obtineri.

Obtinebitur autem his rationibus: Nam si patri quid legatum, aut fideicommissum est, non cogetur heres præstare fideicommissum, priusquam pater filios emancipavit, quasi relictum sit sub conditione, si filios emancipaverit. Sed etsi heres ultro fideicommissum præstitit, poterit a patre repetere, nisi ille filios emancipet tanquam relictum sub modo, ut emanciparet liberos: quo modo non secuto, id, quod datum est, repetitur. Hæc Ulpianus significat in dicta L. *si cui legatum vers. arbitror autem.* Sed et liberi ipsi cum patre agere possunt, ut emancipentur, sed hac lege, si præter emancipationem pater rogatus sit, ut filiis quid restitueret. Nam propter hoc fideicommissum filiis relictum, quod utiliter relictum est, fit per consequens, ut petere possint, ut emancipentur; quoniam sine emancipatione inutilis esset restitutio. Hæc autem erit condemnatio adversus patrem, ut nisi emancipet liberos, et emancipatis restituet hereditatem, sciat se in posterum ejus fideicommissi usuras et fructus restituturum: ex qua sententia consequentur liberi, ut quandocunque mortuo patre integrum fideicommissum consequantur. Id autem declaratur in dicta L. *si cui legatum, in fin.*

Ad L.

Ad L. Cum virum. 16.

Carus, Carinus et Numeria. AAA. Isidoræ.

Cum virum prudentissimum Papinianum respondisse non ignoremus, etiam legata hujusmodi fideicommisso contineri idest, ubi heres rogatus fuerit, quidquid ex hereditate ad eum pervenerit, post mortem restituere: animadvertimus etiam præceptionis compendium testatoris verbis comprehensum esse. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda est: si quas pro rei veritate præterea probationes habes ad commendandam hanc patris voluntatem, quam fuisse adseveras, apud præsidem provinciæ experiri non vetaris. PP. Pridie Idus Novembr. Caro et Carino. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Heres, cui prælegatum aliquid fuerat, rogatus a testatore restituere quidquid ex hereditate ad ipsum pervenerit, quæritur, an hereditatis verbo etiam prælegatum contineatur, et quatenus, num.* 3. *et* 4.
2. *Item, an eodem verbo donationes mortis caussa facta veniant.*

CUM duo sunt heredes instituti, et uni ex heredibus aliquid prælegatum est, idest, unus jussus est ex ea hereditate aliquid præcipere: si is rogetur a testatore, ut restituat alteri, quicquid ex hereditate ad ipsum pervenerit, constat his verbis contineri portionem hereditariam ejus heredis, qui
1 rogatus est restituere. Quæsitum est, † an iisdem verbis etiam prælegata, ei relicta contineantur, ut omnia restituere debeat iste heres? Finge hoc modo: Primus et Secundus heredes instituti sunt ex æquis partibus. Fundus Tusculanus, qui testatoris erat, Primo legatus est: deinde is Primus rogatus est, post mortem suam restituere Secundo coheredi suo, quicquid ad ipsum ex hereditate pervenisset. Mortuo Primo, Secundus fideicommissum petit ab heredibus Primi: hi restituere portionem hereditatis, quæ jure hereditario ad Primum pervenit, sed retinere volunt fundum Tusculanum illi prælegatum, quod non contineatur verbis fideicommissi. Movet dubitationem, quia verbo *hereditatis* videntur ea tantum contineri, quæ ad Primum jure hereditario pervenerunt. Hic autem fundus ad eum pervenit jure legati. Placuit, Papiniano, superioribus verbis etiam prælegata contineri, cujus sententiam hoc rescripto confirmant Imperatores, et secundum illam jus dici volunt, tanquam ea sententia pro jure certo obtineretur, ut etiam factum legimus in *L. cum responso, supr. de legat.* Id autem recte statuitur: est enim ex significatione verborum, a qua non est recedendum, nisi manifestum sit aliud testatorem sensisse, *L. non aliter, de legat.* 3. Nam fundus prælegatus est etiam ex hereditate defuncti morientis. Nihil ad rem pertinet, quod jure hereditario non capitur: nam non sunt relicta ea quæ jure hereditario capiuntur, sed quæ ex hereditate pervenerunt. Pervenit autem quidquam ex hereditate, quod est in hereditate, quocunque tandem titulo capiatur. Qua ratione † 2
recte placuit superioribus verbis donationes caussa mortis non contineri, veluti si proponas testatorem, dum viveret, quædam mortis caussa donasse: dicemus, si rogatus sit a testatore restituere post mortem suam, quod ad eum ex hereditate perveniret, non contineri fideicommisso ea, quæ mortis caussa illi donata erant, *L. sequens, de legat.* 2. Nempe ex eadem significatione verborum: Nam id ex hereditate est, quod est ex bonis, quæ quis moriens habuit, ut est definitio hereditatis in *L. nihil aliud, de verbor. signific. L. hereditas, de reg. jur.* Quod autem mortis caussa donatum est, proprie non est in bonis morientis. Nam jam testator vivus viventi præsens præsenti donaverat, *L. inter de mort. caus. don.* Et hoc est, quod dicitur in *d. L. sequens*, ideo superioribus verbis donationes mortis caussa non comprehendi; quia non pertineant ad caussam bonorum, seu hereditatem morientis. Non obstat, quod dicitur, donationes caussa mortis per omnia legatis comparari, et quod in legatis juris est, idem juris esse in donationibus caussa mortis, *L. illud, D. de* mort.

mort. caus. don. Nam hactenus id verum est, nisi testator aliud senserit. Aliud autem sensisse eum apparet, cum usus est his verbis, *Rogo te, ut restituas, quicquid ex hereditate ad te pervenerit:* nam, ut dixi, quod antea mortis caussa donatum est, non est ex hereditate, voluit igitur testator his verbis id contineri, quod ante donatum est. Quod
3 † tamen dicitur hic his verbis *quicquid ex hereditate ad te pervenerit*, contineri etiam prælegata, adjicitur in extremo rescripti, ita accipiendum esse, nisi et hic testator aliud senserit. Proinde si heredes Primi, qui rogatus est, parati sint dicere, testatorem noluisse restitui prælegata, audiendi sunt. Sed tamen hoc testatorem sensisse probare debent. Finge testatorem, vel codicillis, vel epistola, vel apud alios testes voluntatem suam declarasse.

Sed obstant huic sententiæ verborum Imperatorum verba fideicommissi, quia superioribus verbis prælegata manifeste continentur. Respondetur, Imperatorum verbis quidem prælegata contineri, sed in fideicommisso magis voluntatem quam verba servanda esse. Optime: Nam in testamentis totum voluntas testatoris facit, ut est in L. *ex facto*, §. *rerum*, *D. de hered. inst.* idque si in aliis partibus testamenti valet, præcipue observatur in fideicommisso. *L. pen. de legat.* 1. *L. cum proponebatur*, *de legat.* 2. Idque jus perpetuum est, ubi constat voluntatem a verbis discrepare: sumptum est ex lege 12. tabularum, uti quisque legassit. *L. verbis legis, de verb. sig.* Id si ita est, ut in hac sententia exprimenda voluntas magis, quam verba servanda sunt: cur addiderunt Imperatores, *plerumque*. Respondeo; Recte id additum esse, quia interdum æque verba, ut voluntas, servanda sunt, quod tum contingit, cum verba congruunt cum voluntate. At ubi discrepabunt, quod plerunque accidit, semper servabimus definitionem hujus rescripti.

Hactenus sententia hujus rescripti: cui tamen in eo, quod de prælegatis dicitur, hæc contineri superiori fideicommisso, contrarium videri potest, quod scribitur in *L. in fideicommissaria*, §. *ult. ad Treb.* ubi unus ex heredibus, qui quædam prælegata erant, rogatus est restituere portionem hereditatis suæ, et placet id, quod legati jure a coherede accipitur, in fideicommissi restitutionem non venire. Propter † eum locum monendi sumus, cum unus ex heredibus cui aliquid 4
prelegatum est, rogatur restituere portionem suam, quam accepit, multum referre; quibus testator verbis in eo sit usus. Est enim in eo fere hæc varietas; interdum restituere jubetur heres quicquid ad eum pervenit ex hereditate, interdum portionem suam, alias hereditatis portionem. His verbis; *quod ad te pervenit ex hereditate*, aperte continentur omnia quæ sunt ex hereditate, quæ ad heredem pervenerunt; proinde et res ei prælegatæ; nam et hæ ex hereditate sunt. Eadem significatio est, et jus verborum, cum testator ita scribit: *portionem tuam restituas*, nam portio intelligitur non tantum hereditatis: sed etiam rerum legatarum, L. 3. §. *quidam*, *D. ad Trebel.* Longe alia significatio est horum verborum *restituas portionem hereditatis.* Nam portio hereditatis non habetur ab herede, nisi hereditario jure: legata jure hereditario non capiuntur. Ita manifestum est verbis hujus fideicommissi, legata et fideicommissa ei prælegata non contineri in restitutione, *L. si Titius*, *D. de legat.* 3.

Hinc si in specie proposita hic fundus Primo heredi prælegatus sit, et jussus sit post mortem suam restituere portionem hereditatis: placet ejus heredes retinere posse partem fundi, quam a coherede Primus accepit jure legati, alteram autem partem fundi venire in restitutionem reliquæ hereditatis, quoniam hæc pars capta est a Primo non jure legati, sed jure proprio hereditatis, hoc in *d. L. in fideicom.* §. *ult. ad Trebel.* Interdum tamen in hoc genere fideicommissi, placet eam quidem partem prælegati fundi venire in restitutionem, quæ pars jure hereditario capitur, ut in specie L. *Titia*, *ad L. Falcid.* Quod tunc contingit, cum heres Primo rogatur restituere portionem hereditatis, deinde fundus ei prælegatur. Nam hoc casu visum est testatorem fundum postea prælegatum ex restitutione fideicommissi exemisse.

Ad L.

Ad L. Si creditoris. 17.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Fortunato.

Si creditoris voluntas jure subnixa liberari te debito volentis doceri potest: etiam antequam solemniter tibi liberatio a successore præstetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti descendentem competere, manifestum est. PP. XII. Kal. Maji, Maximo II. et Aquilino Coss.

SUMMARIA.

1. *Res incorporales recte legantur.*
2. *Liberatione legata, quis sit hujus legati effectus.*
3. *Debitor quam habeat exceptionem adversus heredem liberare nolentem.*

1 RES † etiam incorporales recte legari constat, §. *tam autem, de legat.* Hic placuit, si testator, idemque creditor debitori suo liberationem leget, seu quod idem est, damnet heredem, ut liberet debitorem, utile legatum esse placuit, tanquam re incorporali legata, nempe liberatione, §. *si quis debitori, Instit. de legat.* Liberatione legata, de effectu legati quæsitum est, de quo
2 hic comprehensum. Hoc † effectu duo continentur, I. ut heres liberet debitorem eo modo, quo jure liberari potest sine solutione. Id autem fit per acceptilationem, §. *item per acceptilationem, Instit. quib. mod. toll. obligat.* Id autem ut præstet hæres, consequitur debitor actione in personam ex testamento. II. Sed etsi heres debitorem non liberarit, tamen hoc legato continetur, ne heres a debitore petat, in eamque rem est debitori adversus heredem petentem exceptio. Sed sententia est comprehensa in *d.* §. *si quis debitori*, et plenius exposita L. *non solum nostr. D. de liber. leg.*

De priori effectu non dubitatur, nam aperte verbis legati continetur; de posteriore dubitatur, nam secundum verba nihil amplius continetur legato, quam ut heres debitorem liberet ipso jure: secundum quod efficitur, ut priusquam liberatio sit secuta, nihil contineatur legato, ac proinde debitor ut ante, obligatus maneat. Respondeo; ex sententia verborum intelligitur posterior hic effectus. Nam si debitorem ipso jure liberari voluit, etiam debitum ab eo peti noluit. Hæc exceptio est secundum voluntatem defuncti.
3 Sed † quæ hæc exceptio est, nam ex voluntate, seu remissione creditoris solum legimus exceptionem dari pacti conventi, *sub tit. de except. Inst.* Voluntas autem suprema non est pactum conventum. *L. hæc verba, D. de verb. sig.* Respondeo: exceptio hæc est exceptio voluntatis supremæ, et ad reliquas exceptiones in *Instit.* comprehensas adjungi debet. Nam ex pacto convento creditoris debitum remittentis nascitur debiti exceptio, quæ dicitur pacti conventi. Idque ob id, quia prætor pacta conventa tuetur, *L. juris gentium*, §. *sed cum nulla*, §. *ait prætor, D. de pact. L.* 5. *sup. de pact.* Ita verum est, ex voluntate testatoris remittentis debitum nasci debitori exceptionem, quia lex 12. tabularum itidem supremam voluntatem tuetur, L. *verbis leg. D. de verb. sig.* Ut igitur prior dicitur pacti conventi, quia ex pacto est: sic posterior recte dicitur supremæ voluntatis exceptio, quia ex hac voluntate nascitur.

Sed cur ante liberationem præstitam ab herede non liberatur debitor etiam ipso jure remissione testatoris, cum lex duodecim tabularum supremas voluntates omnino tales esse jubeat *d. L. verbis legis.* Respondeo, quia contra jus est id fieri: sic enim jus comparatum est, ut quibus modis quæque obligatio contracta est, iisdem modis dissolvatur in contrarium actis. L. *nihil tam naturale*, L. *seq. D. de reg. jur.* Porro debitor testatori obligatus est, aut consensu, aut stipulatione, aut re, aut maleficio, non autem suprema voluntate; proinde contrariis modis liberetur necesse est, siquidem jure liberatum volumus.

Sed adversus hanc subtilitatem juris, placuit debitorem defendi exceptione opposita vel pacti vel supremæ voluntatis, vel generali doli mali. Sed cum secundum regulam juris nihil intersit, utrum quis ipso jure non debeat, an per exceptionem liberetur, *L. nihil*

nihil interest. de reg. jur. cur hic et similibus locis, dubitatur, utrum debitor liberetur ipso jure, an per exceptionem. Respondeo quia ad vim et effectum liberationis debitoris attinet; inter ista duo nihil interest, sed aliis in rebus differentia est, de quibus dictum ad *d.* L. 5. *sup. de pact.*

Ad L. Cum necessitatem. 18.

Iidem AA. Apolausto.

Cum necessitatem reddendæ rationis defunctus remittendam tibi esse petierit: manifesti juris est, voluntatem defuncti immutatam esse debere, PP. Ibid. Mart. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Tutor, curator, negotiorum alienorum gestor, finita administratione, rationes administrationis reddere coguntur.*
2. *Remissa necessitate rationum reddendarum, rationes reddere non debent. Limitatur num.* 3.
4. *Remittens in futurum administratori necessitatem reddendæ rationis, si etiam de dolo remittendo sentiat, nihil agit.*

1 TUtor, † curator, negotiorum alienorum gestor, finita admnistratione rationes administrationis reddere debent: in quo eo nomine tenentur, si quid non, ut oportet, gesserint, aut aliquid ex his negotiis retinuerint. In omnibus ut præstent et dolum suum et culpam, L. 1. *in pr. de tut. et rat. distrah.* L. 2. *de neg. gest.* Uti cæteri creditores debitoribus suis debitum remittere possunt ex quavis alia caussa, de qua proximo rescripto est dictum; sic possunt testatores necessitatem remittere rationum reddendarum his, qui negotia administrarunt: quo
2 † facto hi, quibus necessitas hæc est remissa immutata defuncti voluntate, rationes reddere non coguntur. In eamque rem est constituta administratoribus adversus eos, qui rationes exigunt, exceptio, de qua superiori rescripto dictum est. Hæc sententia non tantum pertinet ad præteritam administrationem, sed etiam ad futuram: ubi is, cujus tutela gesta erat, testamento facto vetuit a tutoribus rationem tutelæ præteritæ exigi: remissio citra controversiam valet, quatenus tutor culpa quid peccavit. L. *Aurelio*, §. *ult. de liber. leg.* Idem est dicendum, et si pater testamento filiis tutorem dedit, et jussit ἀνεκλόγιστον esse, L. 5. §. *quidam*, *de admin. tut.* Quod posterius exemplum ad futuram tutelam refertur.

Sed † monendi sumus in omni hac remis- 3
sione rationum reddendarum, semper dolum administratoris exceptum videri, ut comprehensum est duobus locis proxime jam citatis, et certe si de præterita administratione agitur, et testator remittit generaliter necessitatem reddendi rationem, de dolo tutoris sensisse non videtur, arg. L. *tres fratres*, *D. de pact.* L. *qui cum tutoribus*, §. 1. 2. *D. de transact.* Qui † autem in futurum administrato- 4
ri remittit necessitatem reddendæ rationis, etiam si de dolo remittendo sentiret; tamen remissio nihil aget: quoniam ejusmodi remissio est turpis, quæ invitat tutorem ad delinquendum. L. *jurisgentium*, §. *pactorum*, *D. de pact.* Præteritus tamen dolus nominatim remitti potest, ut pactione, sic testamento. *d. L. jurisgentium*, §. *si paciscar*, *D. de pact. L.* 4. *in fin. sup. de transact.*

Ad L.

Ad L. Clari. 19.

Iidem AA. Ampliato.

Clari et aperti juris est, in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores. PP. Id. Septembr. ipsis AA. IV. et III. Coss.

SUMMARIA.

1. *Regula*, Novissimam scripturam valere, *et in fideicommissis, et in legatis omnibus relictis testamento locum habet, exceptis libertatibus: et cur, num.* 2.
3. *Limitatio hujus regulæ, et ratio limitationis.*
4. *In libertatibus si diversæ sint scripturæ, servatur ea, quæ libertati commodior est.*

1 NON † in fideicommissis tantum, de quibus hic, sed in legatis et omnibus relictis testamento, exceptis libertatibus, hæc regula servatur, novissimam scripturam valere. Imo utraque, dixerit aliquis, et prior et novissima. Nam si testator in prima parte testamenti Titio quid legavit; in postremo eidem, vel alicui aliud quid legavit: constat hic testamento valere legata, idque lege 12. tabularum efficitur, uti quisque legasset. L. *verbis legis*, *D. de verb. sig.* Respondeo hoc ita est, ubi res diversæ legatæ sunt, et diversæ sunt voluntates, non contrariæ. Regula autem superior in contrariis scripturis locum habet, sed ideo id expressum non est superiori regula, quia satis ex aliis verbis intelligitur. Regula enim per comparationem concepta est, quæ comparatio solum pertinet ad res contrarias, quarum plus una valere non potest. Et ideo per comparationem quæritur utra potius, vel quæ potissimum ex pluribus valeat? Et respondetur novissimam valere. Sed cur non æque prior scriptura valet, nam novissima scriptura non alia ratione servatur, quam quod testator voluit fieri, quod illic scriptum est, propter supra scriptam legem 12. tabularum. Ergo hac ipsa ratione priorem scripturam valere dixeris, quia in hac quoque scriptura voluit quid fieri
2 testator. Respondeo, ideo † novissima scriptura potius valet, quia hæc sola voluntas est testatoris. Prior autem scriptura voluntatem testatoris non continet. Nam testator priori contrarium scribendo a priori voluntate recessisse intelligitur, veluti si ita scripserit: *Titio fundum Tusculanum do, lego*, deinde posteriore: *quod Titio dedi, non do, lego.* Hic apparet posteriori scriptura a priori voluntate recessum esse. Idemque conversa scriptura dicendum est. Sed † regula in dubia voluntate 3
testatoris locum habet. Cæterum si testator aperte scripserit, quid de prima, aut novissima scriptura fieri vellet, id sequemur, propter voluntatem, quam solum lex tuetur. Et ideo si testator in priore voluntate dixerit, se nolle valere, quod postea scribat, prior voluntas valebit, non posterior. Veluti si ita scripserit, *quod Titio infra legavero, neque do, neque lego*, deinde, *Titio fundum Tusculanum do, lego*, Dicimus legatum non valere sed priorem scripturam servari lege 12. tabularum, *L. si ita* 14. *de legat.* 1. Hoc ideo, quia testator expressit, quid de prima et novissima scriptura sentiret, et primam solam valere voluit. Et ob hanc caussam etiam dicimus, quanvis testator priore scriptura derogavit posteriori, tamen ex voluntate ejus posteriorem scripturam valere; si videlicet posteriori scriptura declaraverit, se prioris penituisse: Veluti si ita scripserit, *quod Titio infra do, lego, id dari ei nolo*, deinde, *Titio fundum Tusculanum do, lego, repudiata priori mea voluntate, qua dixi me illi dari nolle.* L. si quis, *in pr.* 22. *de legat.* 2. Quod rursum apparet respondere, propter manifestam voluntatem testatoris.
In † libertatibus obtinuit, ut si de libertate 4
sint contrariæ scripturæ, ea servetur, quæ libertati commodior est, seu prima, seu media, seu novissima sit, *L. quod traditum, et L. seq. de cond. et demonst.* Favor libertatis in caussa est, quia aliud hic placuit, quam in cæteris scripturis testamenti.

Ad L.

Ad L. *Etiam* 20.

Iidem A. Juliano.

Etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipsis relicta fideicommissa debentur. PP. III. Non. Decemb. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Quicquid a tutoribus pupillorum legatur, aut fideicommittitur, ab ipsis pupillis legatum, aut fideicommissum videtur, et cur.*
2. *Tria hujus regulæ consectaria.*

1 Regula † juris est, cum pupilli testamento heredes instituti sunt, et tutores pupillis dati, si quid a tutoribus legatur aut fideicommittitur: ab ipsis pupillis legatum et fideicommissum videri. Regula hic est tradita, item in *L.* 5. *sup. de reb. cred. L. peto*, §. *mater*, *D. de legat.* 2. Regula hanc rationem habet, quia tutores pupillorum personam sustinent, unde pro pupillis esse dicuntur, domini autem sunt pupilli *L. tutorem qui tutelam*, *D. de administr. tut.* Ex
2 † hac regula tria sunt consequentia, in quibus cernitur vis et usus hujus regulæ. I. est, quanvis tutoribus testamento nihil sit relictum, tamen legata, aut fideicommissa ab his deberi, quod sine superiori regula non fieret. Nam cui testamento nihil datum est, ab eo nihil relinqui potest, ut alia regula juris efficitur, L. *Labeo*, *sup.* Sed regula superior facit, ut hanc objectionem metuere non debeamus. Nam a tutoribus relicta, videntur a pupilllis esse relicta. Hi autem heredes sunt instituti, ut proinde ab his quoque legata, et fideicommissa potuerint relinqui. II. Consequens est, legata a tutoribus relicta, uti valent, sic deberi, non a tutoribus, sed a pupillis, a quibus ea relicta videri dicimus. Id expressum est hic. III. consequens est, si a tutoribus, quibus nihil datum est, testamento aliquid relictum sit pupillis, fideicommissum non valere, *d. L. peto*, §. *mater. in fin. de legat.* 2. Idque hac ratione, quia quod a tutoribus relictum est, a pupillis ipsis relictum videretur. Hi autem sunt heredes, porro heredi a seipso relinqui non potest, L. *legatum*, §. 1. *de legat.* 1.

Ad L.

Ad L. Si in personam. 21.

Iidem AA. et CC. Tiberio.

Si in personam patris tui, cui te successisse proponis, fideicommmissi dies utiliter cessit: licet tempore, quo fuerat datum, necdum te natum fuisse probetur: uxorem patrui tui, quem contendis rogatum fuisse patri tuo, si sine liberis decesserit, ab avo tuo relicta restituere: si ei successerit, de fideicommisso convenire debes. Nam si patrui etiam hereditas tibi quæsita est: non de fideicommisso quærendum, sed hereditas ab ea vindicanda est. Dat. VI. Id. Feb. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Species hujus legis.*
2. *Quorum legatorum, vel fideicommissorum dies cessit, vivo fideicommissario, ea legata fideicommissarius ad quoscunque suos heredes transmittit.*
3. *Relictum, quod his relinquitur, qui in rerum natura non sunt, non valet.*
4. *Fideicommissi conditionalis dies quando cedat, ejus idemque persecutio ad quos transmittatur, et quomodo extinguatur.*

1 Pater † duos filios suos Primum et Secundum heredes instituit. A primo petiit, ut si sine liberis decederet, portionem hereditatis restitueret fratri suo superstiti: Primus decessit sine liberis, uxore sua herede instituta; ita fideicommissi superioris exstitit conditio, ac proinde fideicommissi dies cessit. Nam legati et fideicommissi conditionalis dies cedit mortuo testatore, cum conditio exstitit. *L. un.* §. *sin autem*, *infr. de cad. toll.* 5. *quando dies* L. *ced.* Secundus frater priusquam fideicommissum peteret, decessit relicto filio, eodemque nepote avi testatoris. Cum uxor patrui ejus, nempe Primi, hereditatem mariti sui possideret: nepos
2 hic fideicommissum ab ea petit. Hic † sciendum est ita jus esse, ut quando legatorum, vel fideicommissorum dies cessit, vivo fideicommissario, ea legata fideicommissarius transmittat ad quoscunque suos heredes, dicta *L. 5. D. quando dies leg.* Omnium autem legatorum, quæ pure, aut in diem sunt relicta, dies statim cedit mortuo testatore; conditionalium autem legatorum dies cedit, postquam extitit conditio, dicta L. 5. Secundum hæc constat, huic nepoti fideicommissum ejus patri relictum deberi, si patri heres exstitit, ut hic contigit. Proinde si uxor patrui, a quo patruo fideicommissum relictum erat, heres marito suo exstiterit: constat etiam fideicommissum ab ea peti posse. Hoc jure fretus nepos fideicommissum ab ea petit.

Sed objicitur nepoti, quod non fuerit natus tunc, cum avus fideicommissum relinquebat, et ideo mulier contendebat non deberi ei fideicommissum. Hæc objectio habet aliquem colorem probabilitatis. Nam certum † jus est, quod his relinquitur, qui in re- 3
rum natura non sunt, relictum non valere L. *un.* §. *in primo*, *infr. de cad. toll.* Respondetur hoc rescripto, quanvis nepos tempore testamenti avi natus non sit; tamen eum fideicommissum patri ejus relictum, cujus fideicommissi dies patre vivo cesserit, recte petere. Objectio ad rem nihil pertinet: nam fideicommissum huic nepoti relictum non fuit, sed patri ejus, qui tum vixit, cum relinquebatur fideicommissum. Sed ita nepos fideicommissum ab uxore patrui petere potest, si illa marito heres exstitit. Quod si illa repudiante hereditatem, hereditas ad nepotem pertinet jure agnationis; de fideicommisso adversus eam agi non potest, sed hereditas ab ea est vindicanda, si possidet, ut in extemo hic.

Sed cur hoc casu de fideicommisso agi non potest? Respondeo, non quod fideicommissum patri relictum non transferatur ad heredes ejus quosvis, sed quia nepote patruo succedente, fideicommissi obligatio exstinguitur. Nam patruus debitor erat hujus fideicommissi; nepos creditor is, cui debebatur fideicommissum ex persona patris. Quoties debitor creditori succedit, confusione extin-

exstinguitur obligatio *L. debitori, sup. de pact.* Ita solum hoc relinquitur nepoti, ut si uxor defuncti patrui ejus hereditatem mariti possidet, solum possit hereditatem ab ea vindicare, quod facere secundum regulas juris potest: nam petitio hereditatis datur heredibus adversus eos, qui hereditatem pro herede, prove possessore possident, *L. regulariter, de pet. her.* In summa quod ad fideicommissum pertinet. Rescriptum huc redit: Fi-
4 deicommissi † conditionalis, sive sit singulare, sive universale fideicommissum, diem cedere, cum conditio exstitit, et testator mortuus est. Si hic dies cessit vivo fideicommissario, fideicommissi persecutionem ad omnes ejus heredes transmitti, quanvis eo tempore nati non fuerint, quo fideicommissum est relictum. Hanc persecutionem exstingui, si is, cui fideicommissum debebatur, successerit ei, qui debebat: quæ supra satis confirmata sunt certis locis.

Ad L. Et in Epistola. 22.

Iidem AA. et CC. Plautiano.

Et in epistola, vel libello, vel sine scriptura, immô etiam nutu fideicommissum relinqui posse adibitis testibus nulla dubitatio est. Dat. Id. April. Bizantii AA. Coss.

SUMMARIA

1. *Fideicommisum etiam extra testamentum quanvis scriptura, sive epistola, sive libello, recte relinquitur.*
2. *Epistola quid hic dicatur.*
3. *Libellus quomodo hic accipiatur.*
4. *Fideicommissum etiam sine scriptura quovis modo recte relinquitur.*
5. *Voluntas fideicommittentis quomodo nutu significetur.*
6. *Heredes codicillis neque scribi, neque nuncupari, neque nutu institui possunt.*

1 Fideicommissum † etiam extra testamentum quavis scriptura recte relinquitur, sive sit epistola, sive libellus, ut hic. Epi-
2 stola † hic dicitur scriptura supremam voluntatem testatoris continens, cujus verba diriguntur ad eum, cui fideicommissum datur: quibus testator in morem epistolæ significat fideicommissario absenti, quid illi datum voluerit, hoc modo, *Semproni scito te mihi charum esse, propter merita tua, me tibi fundum Tusculanum dedisse, ut scires me ingratum non fuisse,* cujusmodi exemplum
3 legitur in L. *miles, de legat.* 2. Libellus † dicitur quævis scriptura nudam defuncti voluntatem continens, ut sit libellus idem, quod codicilli, quod intelligi potest ex L. 4. *supr. de his, quib. ut indig.* ubi pro his verbis, *epistola, vel libello*, scriptum est, *epistola, vel codicillis.* Et certe nos omnes scimus librum et codicem, idem valere Latinis: ut consequens sit, idem valere codicil-
4 los et libellum, diminutive. Sed † et sine scriptura fideicommissum quovis modo recte relinquitur. Sic autem aliquid sine scriptura significari potest, vel ut exprimatur lingua vel ut nutu significetur. Placet autem fideicommissum non tantum lingua, sed etiam nutu relinqui posse. L. *nutu, de legat.* 3.

Sed † quomodo nutu voluntas fideicommissi significari potest, ubi defunctus nihil 5
dicit? Respondeo, id fit hoc modo, cum alio loquente et interrogante, an testator velit L. Titio centum aureos dari, vel testator nutu declaret se velle. Nutus autem ad præcedentia verba interrogationis relatus certum fideicommissum, et certam voluntatem efficit. *L. servo, si pupillus, ad Trebellian.* Hæc olim in legatis utiliter observabantur, unde hic de fideicommisso est concepta definitio: sed sublata differentia legatorum et fideicommissorum, idem jus et in legatis esse intelligemus, de quo initio hic dictum est. In heredum institutionibus contra observatur. Heredes † 6
codicillis neque scribi, neque nuncupari possunt. §. *penult. Instit. de codicill.* Ubi autem testamento nuncupativo heredes instituuntur, non possunt institui nutu, sed palam exprimi oportet a testatore: nam ita jus est, ut here-

heredes aut scribantur, aut nuncupentur. L. 1. §. 1. *de hered. instit.* Scribuntur justo testamento. Nuncupare autem heredes est, palam nuncupare, ita ut omnes vocem nuncupantis testatoris exaudiant, *L. palam*, *D. qui test. fac. poss.* Ita hac definitione nutus ejus in heredibus instituendis excluditur. Quod tamen hic dicitur, superioribus modis omnibus fideicommissum relinqui posse: cum hac exceptione semper est intelligendum, dummodo testes et idonei et quantum satis, intervenerint, ut hic sequitur. De quo apertius est cautum in L. *unica*, §. *ult. infr. de cad. toll.*

Ad L. *Si veritas*. 23.

Iidem AA. et CC. Stratonico.

Si veritas vel solemnitas juris deest, nec amplexus parentis voluntatem relicta dedisti, vel transactionis caussa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est: ad solutionem urgere non potes. Datum V. Kalen. Februar. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Veritas et solemnitas testamento quando deesse dicatur.*
2. *Ex falso aut imperfecto testamento nihil debetur. Limitatur* ibid.
3. *Heres voluntatem testatoris quomodo agnoscere intelligatur.*
4. *Heres an solo pacto, quo se fideicommissum præstiturum pollicetur, fideicomsum agnoscere et pacto obligari videntur.*

1 Veritas † testamento deest, cum scriptura aliqua dicitur esse testamentum Lucii Titii defuncti, et hoc falsum est. Solemnitas testamento deest, cum aliquid ex his deest observationibus, quæ in testamentis facientis desiderantur, quod testamentum uno verbo dicitur imperfectum. L. *hac consultissima in pr.* §. *ex imperfecto*, *supr. de*
2 *testam.* Ex † falso testamento nihil deberi potest, quoniam ne testamentum quidem est; sed nec heres defuncti L. Titii ea, quæ in testamento scripta sunt, agnoscentibus obligatur, ut ea præstet, quoniam ut quis voluntatem defuncti dicatur agnoscere, prius est, ut sit voluntas defuncti. Jam autem dictum falsum testamentum esse: ex imperfecto autem testamento nihil deberi potest L. 3. *d.* L. *hac consult. d.* §. Sed hoc ita est, nisi heres voluntatem defuncti ea scriptura testatam agnoverit, agnoscendo obligatur, ut præstet in posterum, quod ea voluntate continetur, L. *non dubium*, *in fin. supr. de testam.* de quo dictum *ad* L. 1. 2. *supr.* A-
3 gnoscere † autem voluntatem intelligitur heres ultro fidem præstando, L. 2. *supr.* Agnoscere in futurum intelligitur, ut obligetur in legatis annuis, si legatum præstet, non minus quadriennio L. 1. *supr.* In cæteris et generaliter in omnibus voluntatem agnoscere intelligitur, promittendo se præstiturum, quod reliquit testator, ut hic scriptum est.

Sed adjicitur hoc loco de promissione, qua quis stipulanti fideijussori promittit. Unde oportune quæritur, † an solo pacto quo he- 4
res pollicetur se fideicommissum præstiturum, videatur fideicommissum agnoscere, et pacto obligetur? Movent dubitationem contrarii loci. Nam hoc rescriptum videtur stipulationem exigere. *Lex ult. infr. ad* L. *Falc.* exigit cautionem, cautionis verbo significatur stipulatio. L. *sancimus*, *supr. de verb. sig.* Item ex pacto nudo non nascitur actio, L. *jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *de pact.* Rursum in *d.* L. *non dubium*, *supr. de testam.* simpliciter scriptum, si heres legatum, aut fideicommissum agnoverit, necessitatem habere id in posterum præstandi. Intelligitur agnoscere voluntatem defuncti, quisquis testatur legatario, se secundum eam voluntatem legatum, aut fideicommissum præstare velle. Deinde in *d.* L. 1. *supr.* placet, si quis fideicommissum annuum triennio præstiterit, eum obligari fideicommisso in posterum præstando, non alia ratione, quam quod heres sæpius id præstando, facto declaravit, se id fideicommissum præstare velle. Si tacita agnitio legati, quæ ex facto colligitur, sine ulla stipulatione heredem in futurum obliga-

gavit; molto magis expressa ejus agnitio sine ulla stipulatione eum obligavit.

Ad hoc rescriptum hoc modo responderi potest, quod stipulatio hic exigitur, ut fideicommissum in posterum debeatur, ideo fieri, quia heres agnovit judicium defuncti transactionis caussa. Aliud probandum est in eo, qui ideo agnovit, quia sciebat non deberi, sed nihilominus soli voluntati defuncti satisfacere cupiebat. Ad *L.* quoque *ult. infr. ad* L. *Falcid.* dici potest, cautionem heredis exigi, sed cautionem illic significare chirographum heredis, ut sæpe cautionis verbo significatur L. *emptor*, §. *ult. supr. de pact.* Sed tutius est dici id, quod et scripsimus ad *d. L. non dubium*, *supr.* heredem promittendo se præstiturum legatum, aut fideicommissum quod inutili testamento relictum erat, ita demum obligari in posterum, si stipulanti promittat, non autem pacto nudo. Primo propter verba hujus rescripti, ubi stipulatio exigitur, et nominatim in eo, qui amplectitur voluntatem defuncti. Sed multo magis propter verba *L. ult. ad* L. *Falcid.* Hujus legis Justinianus auctor est, ac proinde verba ejus, ex illius sententia sunt accipienda. Ipsum autem cautionis verbum sic usurpat, ut velit stipulationem significare, *L. sancimus, supr. de verb. sig.* Accedit jus certum, quo cautum est, ex pacto nudo actionem non nasci. Movere nos non debet exemplum *L.* I. *supr. h. t.* Etsi enim cum heres fideicommissum triennio præstat annum, quod non debebatur, videtur tacito pacto testari se velle in posterum id præstare; tamen non semel id facit, sed sæpius, ut quodam modo quoties id facit, tot sint pacta, quibus de voluntate sua pollicetur. Fatemur, ubi idem debitor pluribus factis idem pollicetur, etsi priori non obligetur jure civili, tamen posteriori obligari, nempe de constituta pecunia de qua obligatur, quisquis constituit se soluturum, quod prius debebat, §. *constituta*, *Inst. de act.* Qui autem constituit, quod prius pactus erat, is debitum constituere intelligitur: pacto enim promissum, natura debetur, *L.* 7. §. I. *de solut.* Natura autem debitum sufficit, ut constitui possit. L. I. §. *debitum*, *de constit. pec.*

Ad L. *Instrumenta prædiorum.* 24.

Iidem AA. CC. Menostrato.

Instrumenta prædiorum per fideicommissum relictorum, quæ ad probationem originis eorum pertinent, heredes præstare necesse non habent, cautionem tamen præstare debent, quod si opus fuerit, legatario, seu fideicommissario, ipsa si habeant, proferant. Dat. Kalen. Decemb. Sirmii. AA. Coss.

SUMMARIA.

I. *Prædiis legatis, seu fideicommissis, utrum instrumenta, acquisitionem eorum continentia, præstari debeant? Objectiones diluuntur, et pro negativa respondetur.*

2. Proferendi verbo *quid hic significetur.*

3. *Heredem ad cautionem de instrumentis legatario exhibendis teneri, unde colligatur.*

I PRædiis † legatis, seu fideicommissis, quæsitum est, utrum instrumenta acquisitionem prædiorum continentia fideicommissario præstari debeant. Quæstio in eo est, an ea instrumenta sint legata, nam si legata non sunt, non debentur. Hic rescriptum est, ea instrumenta ab herede præstari necesse non esse. Hic multa occurrunt, quæ contrariam sententiam suadeant, quæ ordine diluemus. I. Ædibus legatis constat omnia deberi, quæ sunt tanquam pars ædium, seu quod propter ædes habetur, L. *Julian.* §. *ult. de act. empt.* Hæc autem instrumenta propter ædes, et propter alia prædia habentur, proinde etiam legata intelliguntur, et tanquam legata præstari debent. Respondeo, negandum est ejusmodi instrumenta propter ædes, aut prædia haberi: argumento est, quod sine his prædia recte habentur, et recte coluntur. Sed habentur hæc instrumenta propter possessores, ut qui emerunt, et ea prædia ex ea caussa possident, tueantur possessionem his instru-

instrumentis. Propter personas igitur hæc instrumenta fiunt, ut illis caveatur, non propter prædia.

Sed et alia ratione efficitur, hæc instrumenta fideicommissario præstari debere. Nam quoties quid ab alio petitur, quod petenti prodest, ei autem, a quo petitur, præstari nihil nocet, toties æquum est, id impetrari ab eo, unde petitur L. 2. *quanquam, D. de acq. plu. arc.* Et merito id placuit, quoniam malitiis hominum non est indulgendum, ut recte scriptum est in L. *in fundo, de rei vind.* At hæc instrumenta fideicommissario præstari valde ei prodest ad tuendum dominium eorum prædiorum. Nam si defunctus eorum prædiorum dominus non fuit, non erit etiam fideicommissarius dominus, quia traditio defuncti nihil juris amplius transferre potuit, quam fuit apud defunctum, L. *traditio, de acq. rer. dom.* An autem defunctus dominus fuerit, hæc instrumenta probabunt, ex quibus intelligitur etiam fideicommissarium dominum factum esse. Ut autem hæc instrumenta præstentur ab herede, quid ei nocet: cum ipse amplius ea prædia non possideat, et multo minus sit eorum dominus. Unde efficitur, hac sola ratione heredem hæc instrumenta præstare fideicommissario debere.

Respondeo, ut cætera concedamus; tamen falsum est heredi nihil nocere hæc instrumenta restitui: imo ob id maxime heres hæc instrumenta retinere potest, quoniam maxime ejus interest, ne ab illo recedant. Nam ut Bartolus recte scripsit ex sententia veterum, qui illum antecesserunt, ut prædia generaliter fideicommissa sunt, aut hæc, aut illa certa specialiter. Si generaliter legata sunt, quæcunque prædia heres postea præstabit, pro evictis tenetur, L. *si a substituto, in fin. de legar.* I. proinde hoc casu interest ejus, instrumenta emptionum et acquisitionum apud se habere, ut possit rem tueri, ne evincatur. Quod si certa prædia a testatore relicta erunt et deinde tanquam aliena evincantur, non tenetur quidem heres præstare evicta, si testator scivit, prædia aliena esse. Sed si de ea quæratur, an defunctus putaverit, sua esse, nec ne, ipse se tuebitur instrumentis illis; quoniam ex iis apparebit, testatorem existimasse prædia ad se pertinere ex L. *cum alienam, sup. de legat.*

Postremo huic parti obstat *L. sicut datam, inf. de liberali caussa*, ubi si quis servum manumiserit, et manumissionis instrumenta conscripserit: placet non tantum patronum non posse revocare libertatem, sed etiam manumissionis instrumentum servo præstare debere. Respondeo: longe hæc in dissimili caussa versantur. Nam servo manumissionis instrumentum præstandum est, quia instrumentum est servi, non patroni. Id enim instrumentum cujusque est, cujus caussa factum est. L. *pen. in pr. de acq. rer. dom.* Constat autem manumissionis instrumentum fieri servi manumissi caussa. At instrumentum, quod continet emptionem, seu acquisitionem defuncti, non aliud est, quam defuncti: non igitur est fideicommissarii. Proinde recte respondetur hic, prædiis legatis, aut fideicommissis, instrumenta eorum prædiorum acquisitionem continentia fideicommissario præstari non debere. His de caussis, quia non sunt legata; et heredis interest apud eum haberi, et quoniam non sunt fideicommissarii, sed heredis. Et ob has etiam recte placuit prædiis venditis non teneri venditorem, ut instrumenta eorum prædiorum acquisitionem continentia tradat emptori, sed tantum, ut ea emptori exhibeat. *L. Titius heres, L. si creditor, D. de act. empt.*

Sed quanvis hæc instrumenta heres fideicommissario præstare necesse non habeat; tamen hic placet heredem fideicommissario cavere debere, se illa prolaturum fideicommissario, cum opus erit, si et ea adhuc apud se habeat. Cavere, idest, stipulanti fideicommissario promittere, et ita se illi obligare. *L. sancimus, sup. de verb. sig.* Proferendi
† verbo non hic significatur tantum exhibitio instrumentorum, ut scilicet heres tantum 2
instrumentorum cognoscendorum et describendorum potestatem faciat; sed hoc continetur, ut heres ipsa instrumenta authentica proferat, ubi opus erit; nam hac productione tantum opus est fideicommissario, ut probetur his instrumentis hæc prædia fuisse defuncti, ac proinde a defuncto recte in fideicommissarium translata. Hoc autem non probatur, nisi authenticis; nam exempla fidem non faciunt, *L. 2. de fid. instrum.*

Sed † unde intelligimus heredem ad hanc 3
cautionem teneri, cum heres nihil præstare debeat, nisi legatum, aut fideicommissum sit: hic autem de hac cautione nihil a testatore expressum est? Respondeo: hanc cautionem præstari debere, ex sententia defuncti colligitur. Sententia hæc et voluntas intelligitur ex eo, quod recte generaliter constituitur, quoties conceditur aliquid, ea omnia concessa videri, sine quibus id, quod concessum est, explicari et obtineri non potest. L. 2. *de jurisdict.* L. I. §. I. *si usufruct. pet.* At cum testator legat prædia, intelligitur prædio-

diorum dominium legare, usque adeo: ut si qua pars dominio desit, adhuc integrum prædium peti possit. L. *Mævius*, §. *pen. de leg.* 2. Porro dominium obtineri non potest a fideicommissario, si de prædiis fiat controversia, nisi probetur instrumentis. Instrumentis id probari non potest, nisi instrumentis prolatis: proinde hæc quoque sententia est testatoris, ut prædiis legatis hæc instrumenta proferantur fideicommissario.

Ad L. Heredum. 25.

Iidem AA. et CC. Julianæ.

Heredum etiam res proprias per fideicommissum relinqui posse non ambigitur, Dat. II. Kal. Mart. CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Res alienæ, item res heredis recte per fideicommissum relinquuntur.*

1 SI † res penitus alienæ legari possunt, multo magis potest legari res heredis, de quo legato dixi ad L. *cum alienam*, *sup. de legat.* Sed hoc plus est in re heredis; quia res heredis legata omnino debetur, sive testator sciverit heredis esse, sive putaverit esse suam, L. *unum*, §. *si rem*, *de legat.* 2. Cæteræ res alienæ legatæ ita debentur, si testator alienas esse non ignoravit. *d.* L. *cum alienam.*

Ad L. Ex repudiatione. 26.

Iidem AA. et CC. Fortunato.

Ex repudiatione fideicommissi, doli mali exceptio, justa caussa intercedente, tunc oppinitur, quando ipse, cui fideicommissum relictum est, repudiatione usus fuerit. Unde cum hoc non te, sed patrem fecisse adseveres, qui tibi nocere non potuit: nihil tibi obesse potest. Dat. II. Id. April. Sirmii, CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Filiusfam. an fideicommissum recte possit repudiare.*
2. *Fideicommissum repudiatum an postea petere possit.*
3. *Patre fideicommissum repudiante, ea repudiatio filio non nocet.*
4. *Doli mali exceptio an fideicommissario repudianti recte opponatur.*
5. *Repudiatione legatum, seu rei legatæ dominium amittitur.*
6. *Actionis in rem, et actionis in personam ex caussa legati descendentis differentia, et ratio diversitatis. num.* 7.

1 FIdeicommissum datum est filiofamil. id filius repudiavit. Quæsitum † est, an recte repudiaverit, et an sit amissum? Placet recte repudiatum, idque efficitur ex regula juris, quæ dictat eum posse repudiare, qui et acquirere potest, L. *is potest*, *de acqu. her.* L. *ejus est*, *de reg. jur.* Filius autem familias et legatum et fideicommissum sibi relictum non tantum ignorante patre acquirere potest, sed etiam invito, quia acquisitio legati patri nihil nocet. L. *acquiritur*, L. *etiam invitis*, *de acq. rer. dom.* Quare etiam invito patre filius recte fideicommissum repudiabit.

Quid

2 Quid † si repudiatum postea petat, puta
sui juris factus? Hic rescriptum est, ex re-
pudiatione doli mali exceptionem ei opponi,
justa caussa interveniente. Quæ verba poste-
riora non continent conditionem per ratio-
nem; non enim doli exceptio opponitur re-
pudiantibus sub conditione, si justa caussa
repudiationis intervenerit. Nam quacunque
de caussa fideicommissum repudiatum sit,
hoc ipso, quod repudiatum est, amittitur.
L. *is qui heres*, *de acquir. her.* Sed ex-
ceptio opponitur repudianti, utpote justa ca-
ussa interveniente, cur opponatur: cum sci-
licet is repudiatione usus sit, cui fideicom-
missum relictum erat, ut sequitur in re-
scripto. Unde subjicitur per contrarium, si
3 pater † fideicommissum repudiaverit, repu-
diationem filio non nocere, nempe contra-
ria de caussa, quia hic justa caussa non
intervenit, cur hoc casu opponatur filio
agenti doli mali exceptio. Idque ex eadem
regula superiori efficitur; quia is solus re-
pudiare potest, qui et acquirere: pater au-
tem fideicommissum filio relictum invito fi-
lio acquirere non potest, sed solus filius
usque adeo, ut filius nulla vi cogi possit ad
acquirendum, et eo repudiante nihil patri ac-
quiratur. Nam id et in servo herede institu-
to placuit L. 3. *sup. de her. Inst.* Proinde
nec pater repudiare potest. Huc pertinet L.
is qui heres, §. *ult. de acquir. her.* Cætera
hic expedita sunt.

4 Illud † non expeditum est, quod dicitur,
fideicommissario repudianti, si postea fidei-
commissum petat, opponi doli mali exceptio-
nem. Non videtur defendi posse, in hac spe-
cie locum esse exceptioni vel doli, vel ulli
alii. Nam exceptio nunquam competit reo,
nisi agenti jure civili competat actio jure con-
stituta, ut probatur in singulis, *infra tit.
de except.* Unde definitur exceptio actionis
exclusio, L. 2. *de except.* ut consequens
sit, nulla actione posita, nullam actionis
exclusionem, ac proinde nullam exceptionem
esse posse. At in proposito ubi fideicommis-
sum repudiavit, statim actionem ipso jure
amisit, L. *servum filii.* §. 1. L. *si tibi he-
res*, §. *cum servus*, *de legat.* 1. L. *nam si-
cut*, *ad* L. *Aquil.* ubi expressum est. Pro-
inde dici potuit filium, qui repudiavit, am-
plius petere fideicommissum non posse: Illi
autem agenti opponi exceptionem, dici non
potest, cum ille actionem jure nullam ha-
beat, quæ exceptione excludatur.

Dicendum est, quod de repudiatione su-
pra dixi, et quos locos in eam rem citavimus,
omnia scripta esse de dominio rei legatæ,
item de actione in rem, quæ legatario ex
dominio nascitur. Sic jus est; Repudiatione
† legatum, seu rei legatæ dominium ipso 5
jure amitti. L. *servum filii.* §. 1. L. *si tibi
heres*, §. *cum servis*, *de legat.* 1. Ut domi-
nium amittitur, ita consequens est in rem
actionem non competere ipso jure repudianti,
idque est, quod dicitur in dicta L. *nam si-
cut*, *ad* L. *Aquil.* Consequens esse dicimus;
quia aperte in rem actio jure civili non com-
petit, nisi domino. L. *in rem*, *de rei vin-
dic.* At in hac lege de fideicommissario agi-
tur, idque ex jure veteri, quo jure ex fi-
deicommisso non transibat dominium rei fi-
deicommissæ recta in fideicommissarium, ut
fiebat in rebus legatis. L. *a Titio*. *D. de
fur.* Sed fideicommissum obtineri debebat ab
herede, vel eo, a quo relictum erat. *Instit.
h. t.* Nuda actio in personam tantum com-
petebat fideicommissario, ad restitutionem fi-
deicommissi quæ extraordinaria persecutio di-
cebatur, L. *pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de
verb. sign.* Differt † actio in personam a do- 6
minio rei legatæ et actione in rem. Ex caus-
sa legati neque dominium, neque actio in
rem acquiritur legatario, aut fideicommissa-
rio, nisi sub conditione, si non repudiave-
rit, et ideo eo repudiante, superiora perinde
habentur, quasi ei nunquam quæsita essent.
At in personam actio et legatario, et fidei-
commissario statim quæritur ipso jure, sine
ulla conditione, ut ex hoc loco facile intel-
ligitur. Quæsita semel actio repudiatione fi-
deicommissi amitti non potest jure civili.
Nam si actio in personam non amittitur pa-
cto, idest, debitoris et creditoris consensu;
multo minus nuda voluntate solius creditoris
amittetur. §. *præterea*, *Inst. de exc.* Sed quan-
vis repudiatione non amittatur jure actio ta-
men quia iniquum est heredem hoc casu re-
pudianti teneri, placet exceptionem doli ma-
li illi obstare, si contra repudiationem suam
fideicommissum petat, ut hic dicitur.

Sed cur † aliud statuimus in dominio et 7
in actionibus in rem ex caussa legati descen-
dentibus; aliud in actione in personam ex
eadem caussa descendente? Respondeo, dif-
ferentiæ ratio est, quia si dominium statim
acquireretur legatariis, et immutabiliter, id
nulla repudiatione amitti potest, neque ju-
re, neque per exceptionem. Non potest ipso
jure; quia ut dominium et corpore et animo
acquiritur non sola voluntate, sic sola vo-
luntate amitti non potest. L. *si quis*, §. *dif-
ferentia*, *D. de acquir. possess.* Ut autem post
repudiationem nihilominus maneret dominium
rei penes fideicommissarium; ita si fideicom-
mis-

missarius rem fideicommissam peteret, exceptione doli mali, aut alia quavis removeri non posset ab herede. Nam omnis exceptio jure eorum æstimanda est, qui ea utuntur, L. *penult. in fin. de bon. possess. secund. tabull.* At in proposito ex repudiatione fideicommissi nullum jus acquirit heres in dominio rei legatæ, si posuerimus, fideicommissarium repudiantem nihilominus dominum manere. Proinde quævis exceptio ab illo allata illi prodesse non potest. Ob hanc caussam cautum est, ut ne ante dominium certo acquireret, quam constitisset illum repudiasse, ut sic repudiatione vere dominium amitteret. At hoc incommodum non metuitur in actione in personam, si illa statim fideicommissario, aut legatario acquiratur; quanvis enim semel quæsita repudiatione non amittitur ipso jure; tamen excluditur per exceptionem, quæ acquiritur hereditate heredi, utpote ei, qui dedit fideicommissum. Nihil autem interest effectu, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur. L. *nihil interest, de reg. jur.*

Ad L. Fideicommissum. 27.

Iidem AA. et CC. Olympiadi.

Fideicommissum ejus, qui reliquerat, pœnitentia probata successores nunquam præstare compelluntur. Datum V. Kalen. Octob. Viminacci. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Fideicommissum pœnitentia relinquentis probata, neque ab heredibus neque ab aliis debetur. et n.* 3.
2. *Pœnitentia hæc quomodo probetur.*

ID recte relictum debetur, nisi eum, qui reliquit, pœniteat relicti. Nam revocari fideicommissum et legatum semper potest ex pœnitentia, L. *datum, sup. de legatis.*
1 Pœnitentia † ejus probata, fideicommissum neque ab heredibus, neque ab aliis ullis, a quibus relictum, debetur, ut *hic.* Pœniten-
2 tia † probatur et ex verbis defuncti, et ex re ipsa. Ex verbis, si aperte ademit: ex re, si inimicitiæ capitales inter defunctum et legatarium incidant, aut incidat aliqua indignitas fideicommissarii adversus defunctum, unde intelligi possit, nolle defunctum in tam indignum quicquam conferre: L. 3. §. *ult.* L. *sequent. de adimend. leg.* Sic † ex pœ- 3
nitentia legatum revocatum non debetur, ut alias non debeatur ipso jure, alias heres tutus sit exceptione. Ipso jure non debetur, si legitima voluntate ademptum est, puta testamento, aut codicillis: alias exceptione tantum doli mali: quæ heredi competit, *d.* L. 3. §. *ult. de adimend. leg.*

Ad L.

Ad L. Ex fideicommisso. 28.

Iidem AA. et CC. Tiberio.

Ex fideicommisso sub conditione sine libertate servis propriis inutiliter dato libertas peti non potest. Dat. XV. Kal. Novembr. Trans mare CC. Coss.

De hac lege dixi ad *L. servus.* 4 *supr. de legat.*

Ad L. Ex Testamento. 29.

Iidem AA. et CC. Achilleo.

Ex testamento, quod jure non valet, nec fideicommissum quidem, si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur, peti potest. Dat. VIII. Kal. Dec. CC. Coss.

DEfinitio est generalis, cujus exemplum expositum est in L. *eam quam*, *sup. hic.*

Ad L. Cum acutissimi 30.

Imp. Justinianus A. Demostheni *Præfecto prætorio.*

Cum acutissimi ingenii vir, et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuerit responsis, si quis filium suum heredem instituit, et restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videre disposuisse, nisi cum filius ejus sine sobole vitam suam reliquerit: nos hujus sensum merito mirati, plenissimum ei donamus eventum, ut si quis hæc disposuerit, non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam: vel ab initio nepotem vel neptem pronepotem vel proneptem vel aliam deinceps posteritatem, et eam restitutionis post obitum gravamini subjugaverit: non aliter hoc sensisse videatur, nisi ii qui restitutione onerati sunt, sine filiis vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere. Recitata septimo in novo consistorio Palatii Justiniani. Dat. III. Kal. Novemb. Decio V. C. Coss.

SUMMARIA.

1. *Heres rogatus portionem hereditatis post mortem restituere fratri, vel patruo, si susceptis liberis decedat, an fideicommissum debeatur.*
2. *Tria in responso Papiniani notanda.*

1 SI parens † filium, vel nepotem heredem institutum rogat, ut restituat portionem hereditatis, cum morietur, vel post mortem suam, fratri, vel patruo suo. Hic mortuo eo, qui rogatus est, secundum verba, fideicommissum debetur, sive filius is, aut nepos decesserit sine liberis, sive liberis susceptis. Nam mortuo eo conditio fideicommissi exstitit: conditione impleta fideicommissum debetur, etiamsi liberos susceperit; quoniam fideicommissum non fuit relictum sub hac conditione, *si sine liberis decederet.* Et

Et hæc ita sunt, si verba sequimur: sed in hac specie Papinianus olim respondit: si filius, aut nepos liberis susceptis decesserit, fideicommissarium conjectura voluntatis defecisse videri; quanquam fideicommisso inesset hæc conditio ex voluntate defuncti, *si nepos decesserit, idque sine liberis.* Exstat ejus responsum in L. *cum avus*, *de condit. et demonst.* Cujus voluntatis conjecturam et rationem explicat Justinianus in *h.* L. cum ait *in fin.* non esse verisimile quenquam alienas successiones propriis anteponere. Hoc responsum, cum esset plenum æquitatis et certam rationem haberet, Justinianus duabus constitutionibus confirmavit, et ita explicavit, ut ad alios multos usus produceret. Constitutiones ejus sunt hæ L. *cum acutissimi*, et L. *generaliter*, §. *ult. sup. de inst. et substit.*

2 In † responso Papiniani tria notanda sunt. 1. de persona rogati, 2. de liberis ab eo susceptis, 3. de fideicommissis. Hæc capita Justinianus ita tractavit: Papinianus de nepotibus loquitur in *d. L. cum avus.* Justinianus produxit hoc responsum ad pronepotem et omnem alium pesterum. Hic Papinianus de nepote loquitur in sexu masculino: Justinianus in hoc rescripto producit ad filias neptes, proneptes et alias in infinitum. Papinianus de nepote loquitur, legitimoque filio patris: Justinianus in *d. L. generaliter;* §. *ult.* produxit ad liberos institutos, etiamsi naturales tantum sint. In liberis susceptis Papinianus de liberis generaliter et indistincte loquitur: hoc revocavit ad liberos tantum legitime susceptos, et cavit, ut si filius rogatus post mortem suam hereditatem restituere decedat liberis non ex justo matrimonio susceptis, fideicommissum æque debeatur, ac si sine liberis decessisset. Hoc in *d.* L. *generaliter*, *cir. fin.* significatur quoque illis verbis, *sine justa prole*, ut ibi locum exposuimus. Postremo Papinianus de fideicommisso hereditatis loquitur: Justinianus hoc produxit etiam ad fideicommissa singula et legata, *d. L. generaliter*, *in fin.*

Ad L. penult.

Idem A. Joanni *Præfecto prætorio.*

Quidam filium suum a sacris paternis remisit, et postea testamento condito eum præteriit, nullo ei penitus relicto, aliis heredibus derelictis. Ipsum autem, quem neque heredem, neque exheredatum fecit, fideicommisso prægravavit: querebatur, si utile esset hujusmodi fideicommissum. Tota igitur antiqua dubietate super hoc explosa, nobis in hoc casu placuit: ut emancipatus (utpote injuria a patre adfectus) non compellatur fideicommissum a sua persona relictum præstare. Quod etiam in aliis personis, quas exeredari necesse est, locum habere censemus. Dat. prid. Kal. Mart. Constantin. post consulatum Lampadii et Orestis. VV. CC.

SUMMARIUM.

1. *Fideicommissum an a filio emancipato et postea exheredato relinqui possit.*

Ab exheredati substituto legari nihil potest, multo minus ab exheredato, L. *cum quidam*, *sup. de legat.* ubi hic locus apertius constitutus est a Justiniano. Quæsi-
1 tum est, si † pater filium emancipaverit, an possit eo exheredato nihilominus ab eo fideicommissum relinquere? De hac specie dubitatum fuit, propterea quod pater emancipatione libertatem in filium contulerit: hæc res inæstimabilis est. Regula autem juris facit, ut cui aliquid dedimus, etiam ab eo relinquere possimus. L. *ab eo*, *sup. h. t.* Justinianus eam dubitationem omnem removens hic constituit, ab exheredato filio, quanvis antea emancipato, relinqui nihil posse. Non obstat, quod dicitur ab eo cui dedimus, etiam relinqui posse. Hoc enim ita dictum est si modo ei aliquid dederimus, quod ad eum pervenit morte nostra, L. 1. §. *sciendum*, *de legat.* 3. Libertas autem quæ emancipatione, confertur, confertur inter vivos, nec suprema voluntate revocari potest; unde intelligi-

ligitur eam libertatem morte nostra ad alium non pervenire. Hoc amplius, libertas hæc, quæ ex emancipatione ea nascitur, nullam æstimationem habet, ut sciri possit, quid pro ea relinqui possit. *L. si filiusfam. de legat.* 1.

Ad L. ult.

Idem A. Joanni *Præfecto prætorio.*

Quæstionem ex facto emergentem resecantes et voluntati mortuorum prospicientes sancimus, si sine scriptura et præsentia testium fideicommisso derelicto fideicommissarius elegerit heredis juramentum, vel forsitan legatarii, vel fideicommissarii, quotiens ab eo relictum est fideicommissum, sive universitatis, sive speciale: necesse habere heredem, vel legatarium, seu fideicommissarium, prius jurejurando de calumnia præstito, vel sacramentum subire, et omni inquietitudine sese relaxare: vel si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam partem, vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan majorem fideicommissarius expetat: omnimodo exactioni fideicommissi subjacere, et eum ad satisfactionem compelli: cum ipse sibi judex, et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus, nullisque aliis adventitiis probationibus requisitis. Sed sive quinque sint testes, sive minores, vel nemo: caussam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem, quam exactionem, sive pater sit qui fideicommissum dederit, sive extraneus: ut æquitatis ratio communiter in omnes procedat. Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur: tunc et uumerus testium, et nimia subtilitas requirenda est.

Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat: ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.

Cum autem is qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, (et maxime ipse heres cui summa auctoritatis totius caussæ commissa est,) dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem: qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta? cum et in leges respeximus quæ justis dispositionibus testatorum omnimodo heredes obedire compellunt: et sic strictius caussam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos qui testatoribus suis minime paruerint.

SUMMARIA.

1. *Fideicommissum non solemniter relictum an ab herede præstandum sit.*
2. *Heres nihil a se relictum, jurare recusans, fideicommissum solvere cogitur: et cur?*
3. *Ratio hujus constitutionis.*

SIC aliquot locis constitutum est: ex imperfecto testamento, item ex imperfectis codicillis, et generaliter ex omni suprema voluntate, nisi quinque cum minimum testes adhibiti sint, deberi, nihil, et nihil peti posse. L. *si veritas, sup. h. tit. L. ult.* §. *ult. supr. de codicill.* Justinianus illud ex his responsis excepit, de quo hic cautum est.
1 Est autem constitutionis hæc sententia. Si † defunctus sine scriptura cum herede præsente egerit, ejusque fideicommissario, ut aliquid ei præstaret, quanvis nulli omnino adhibiti sint testes; tamen placet fideicommissum ab herede præstandum duobus casibus: Uno, qui solis verbis hujus constitutionis expressus est, si videlicet heres neget, quicquam a se relictum esse; et actus ad jusjurandum a fideicommissario, jurare nolit. Alter casus ex superiori colligitur; si videlicet heres ultro confiteatur fideicommissum a se relictum esse,

esse, sed dicat, se non teneri, quia solemniter relictum non sit. Hic casus ex priori colligitur, intellecta ratione hujus constitutionis.

2 Cur enim † heres jurare recusans, fideicommissum solvere cogitur? Non alia ratio est, quam quod recusatio jurisjurandi tacitam confessionem habet; ideo enim non vult jurare, quia pejerare non vult, sic a se relictum esse, L. *manifestæ, de jurejur.* Si recte colligitur: propter quod unumquodque tale est, illud magis tale esse existimandum est: quod probatur vulgo *ex auth. multo, sup. de episc. et clericis.* Proinde si recusatio jurisjurandi heredem obligat propter confessionem, quæ in hac recusatione inesse intelligitur; multo magis aperta ejus confessio eum obligabit. Itaque quod scriptum est in §. *ult. in fin. Inst. de fideic. her.* heredem in hac specie confitentem obligari, *si confiteatur, postquam negaverit*, non sic accipiendum est, quod confitens de fideicommisso, non alia conditione obligetur, quam si prius negaverit: sed simpliciter, quisquis confitebitur, obligabitur. Intelligendum est enim, quod hic constitutum est, fideicommissum non esse constitutum pœnæ caussa, ut coerceatur inficiatio heredis, sed voluntatis testatoris servandæ caussa, ut diserte scriptum est in hac constitutione in extremis verbis.

Prior casus ex iis duobus, cum aliquid iniquum et novum habere videretur; ideo Justinianus hanc constitutionem adversus objectionem tacitam munivit, et præterea addidit rationem, cur hoc jus constituerit. Primo diceret aliquis non recte exigi fideicommissum ab herede sine probatione, ubi heres negaret se scire quicquam relictum esse. Respondet Justinianus in hac re iniquum non esse, ubi heres jurejurando sibi delato, in sua caussa constituitur testis et judex, ut sit in ejus potestate non teneri, jurando se nescire quicquam relictum esse. Præterea objiceret etiam aliquis, videri hoc jus novum et contra omnes regulas juris, secundum quas solemnis numerus exigitur, et in testamentis, et in codicillis, atque adeo in omni voluntate, ut initio hic diximus. Respondet Justinianus, requiri hunc numerum solemnem et justum, cum res per testes probanda est. Ideo enim hic numerus exigitur, ne quid falsitatis admittatur, quod facile factu fuit, nisi hic numerus adhiberetur. Sed in hac specie nihil falsitatis metui potest, etiamsi nulli adhibiti sint testes, quia testimonium ab ipso herede, eodemque debitore exigitur; qui si juraverit fideicommissum a se relictum non esse, liberatus discedit. Sin autem confiteatur, aut jurare nolit, ea recusatio confessionem tacitam habet. Hæc confessio omni suspicione falsitatis caret, cum ipse de se confiteatur.

Ad extremum autem, ut dixi, rationem † reddit, qua motus jus superioris constituerit. Ait igitur, se motum primo legibus veteribus, quæ jubent, ratas esse supremas voluntates. Intelligit autem Legem 12. tabularum, de qua L. *verbis legis, de verb. sig.* item L. 1. *supr. de SS. eccles.* et similes. Deinde motus est idem et iis legibus, quæ exigunt ita ut impleatur voluntas suprema, ut velint etiam eum, qui hereditatis lucrum accepit, id amittere, nisi testatoribus suis paruerit. Quas leges hic intelligat, quæsitum est. Intelligere dicimus eas leges, quibus legatum adimitur tutori, qui se a tutela excusavit, *L. post legatum*, §. *amittere*, *D. de his, quæ ut indig. L. qui tutelam, sup. de test. tutel.* Nec obstat: quod Justiniani constitutio de lucro hereditatis amittendo loquitur: his enim verbis non hereditas accipienda est, sed legatum, aut fideicommissum. Nam legatum omne, aut fideicommissum est lucrum delibatum ex hereditate, ut declaratur definitione legati, L. *legatum, de legat.* 1. Huic constitutioni opponitur. *L. si veritas, sup.* ubi scriptum est, ex imperfecta scriptura nihil deberi, nisi quis ultro agnoverit voluntatem defuncti. Respondeo, et hoc verissimum est, neque contrarium huic constitutioni. Proinde etiam post hanc constitutionem, id jus manere intelligitur. Quoties testator scriptura aliquid reliquit, fidem scripturæ servari voluit: proinde si fides scripturæ non constabit ex justo numero testium, jus antiquum valebit. Justiniani hæc constitutio loquitur de eo, quod sine scriptura relictum est, ubi scilicet testator contempta omni alia probatione, vel scripturæ, vel testium, rem fidei solius heredis commisit ut in principio hic expressum est. 3

Rursum opponitur L. *ult.* §. *ult. sup. de codicil.* ubi cautum est, nisi quinque testibus adhibitis, nihil ex ulla suprema voluntate deberi. Respondeo, et hæc constitutio hodie manebit, si defunctus absente herede aliquid reliquerit. Nam in absente hæc constitutio locum non habet; quoniam heres, qui ignoravit, quid testator dixerit, facile et liquido jurabit, se nescire, quid ille dixerit, quo juramento præstito liberatur hac constitutione. Solum ergo relinquitur locus huic constitutioni, cum defunctus sine alia scriptura, et aliis probationibus, rem, quam præstari voluit, fidei heredis præsentis commisit.

Ad

Ad Auth. Hoc amplius.

Hoc amplius qui defuncti judicium lege non representatum monitus a judice intra annum non implet, excluditur eo, quod præter debitum naturale perceperit ex eodem judicio: hoc autem cum onere suo danda super hoc cautione, defertur primo substitutis, mox ordine servato coheredibus adeuntibus, vel generali fideicommissario, vel legatario soli, vel ex pluribus in parte potiori, vel speciali fideicommissario, vel legatario majoris emolumenti, vel omnibus, vel volentibus, vel libertate in testamento donatis, prout quisque eorum prior nominatus est: exheredatis ne hic quidem respectis: postremo defertur extraneo, vel fisco.

SUMMARIA.

1. *Occasio hujus fragmenti subjiciendi unde nata.*
2. *Verba hujus constitutionis explicantur.*

1 Occasio † hujus fragmenti subjiciendi nata est ex postremis verbis superioris legis, quibus Justinianus scripserat, adeo supremam voluntatem ex legibus servandam esse, ut placeat eos amittere lucrum hereditatis, qui testatoribus suis non paruerint: ubi lucrum hereditatis dixi accipiendum, legatum, ad fideicommissum alicui relictum, in hoc, ut aliquid ex jussu testatoris faceret. Adjicitur igitur apte hæc Authentica, in qua superior sententia amplificatur, ut *hoc amplius*, quam scilicet in legatis et fideicommissis relictis, etiam hereditas in tantum amittatur ab eo herede, qui non præstet id, quod testator fieri jusserit. Id autem accidit ex constitutione Justiniani, *Novell.* 1. §. *si quis autem non implens* in hac specie: Si heres aliquid facere, aut præstare jussus, et idem a judice *admonitus* intra annum volun-
2 tati defuncti parere neglexerit. Si † erit *admonitus*, ait constitutio: quibus verbis plures admonitiones non exiguntur. Proinde una admonitio judicis sufficiet; quoniam singulari numero hæc oratio contenta est, *arg. in L. ubi, de testam.* Ait constitutio, *intra annum.* Quæstio, unde annus numerandus sit. Apparet numerandum esse ex admonitione judicis. Ait constitutio, *si præstare neglexerit:* quibus verbis significatur is, qui alioqui de fideicommisso confitens, tamen negligentia fideicommissum non solvit. Quod si heres fideicommissum negabit, et de eo usque ad sententiam litigaverit, eritque fideicommissum ad pias caussas relictum, dupli pœna adversus heredem constituta est, §. *ex maleficiis*, vers. *item mixtæ*, *Inst.de act.* §. *ult. Instit. de obligat. quæ ex quasi contractu, etc.* Ait constitutio, *Si fideicommissum repræsentatum non solvatur.* His verbis significatur fideicommissum, quod lex repræsentare jubet, idest, quod jure valet. Pœna autem heredi injuncta quæ sit, expressum est sequentibus verbis Authenticæ. Sed multo explicatius dicitur in ipsa constitutione Novella.

AD TITU-

AD TITULUM XLIII.

COD. COMMUNIA DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

CUm intellectum erit, an legatum et fideicommissum relictum valeat, de quo superioribus titulis de legatis et fideicommissis tractatum est: superest, ut legatum et fideicommissum præstetur: ni præstetur, restat, ut videatur, quæ sit ejus obtinendi ratio: ea ratio posita est in actionibus, de quibus maxime hoc titulo agitur, præcipue autem *Lege* 1.

Ad L. Cum hi. 1.

Cum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerunque habere noscantur: quis vel vindicationis, vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittat, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri: Omnibus vero tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere: et non solum personalem actionem præstare, sed et in rem: quatenus eis liceat easdem res sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictæ, vindicare in rem actione instituenda: et insuper utilem Servianam, idest, hypothecariam super his, quæ fuerint derelicta, in res mortui præstare. Cum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, et iterum novellæ constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt: non ab re est etiam, nos in præsenti casu hypothecariam donare actionem, quæ etiam nullo verbo præcedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata, vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personæ ab eo honoratæ ea percipiant: apparet ex ejus voluntate etiam præfatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omibus modis voluntati ejus satisfiat: et præcipue cum talia sint legata, vel fideicommissa, quæ piis actibus sunt deputata. Et hæc disposuimus non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum, vel fideicommissum: sed etsi a legatario, vel fideicommissario, vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri adferat ei, a quo derelictum est: nihil est grave, etiam adversus eum, non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit: et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personæ quæ gravata est fideicommisso rerum, sed tantummodo earum, quæ a testatore ad eum pervenerint. Data decimo quinto Kal. Oct. Chalcedone, Decio viro clarissimo consule.

SUMMARIA.

1. *Legis hujus tria constituta.*
2. *Legatorum omnium an eadem vis et natura.*
3. *Fideicommissorum eadem vis et natura est.*
Lex hæc loquitur de fideicommissis particularibus.
4. *Lex hæc quid differat a sequenti.*
5. *Actiones legatorum et fideicommissoorum*

tres,

tres, personalis, in rem, et hypothecaria.
6. *Genera harum actionum quæ.*
7. *Actio legati et fideicommissi in personam quomodo adversus heredem detur.*
8. *Actio legati et fideicommissi in personam quibus competat, et adversus quos.*
9. *An etiam competat de legato et fideicommisso.*
10. *Actio legati et fideicommissi in rem cui, et de quibus rebus competat, et adversus quem.*
11. *Actio Serviana, seu hypothecaria quæ sit.*
12. *Actio Serviana de quibus rebus, et adversus quem competat.*
13. *Actiones legatorum et fideicommissorum competunt etiam adversus legatarios et fideicommissarios, a quibus quid alteri relictum est.*
14. *Fideicommissum relictum legatario an valeat, si legatario nihil lucri accedat.*

1 TRia † hic constituuntur, ut breviter comprehensum est in *vers. rectius*,
2 *infr.* scilicet omnium † legatorum eandem vim et naturam esse, quod constitutum est a Justiniano, propter veterum legatorum differentiam, quorum genera erant quatuor, et singulorum vis et natura distincta, ut indicatur §. *de legat.* quod plenius expositum est a Theophilo *ibidem*, et apud Ulpianum *de legat.* Sed hic occurritur et negatur omnium legatorum eandem vim esse, exemplo ejus, quod ad pias caussas est relictum; nam hujus legati est hæc natura, ut si heres inficietur et perseveret in ea inficiatione usque ad sententiam, dupli condemnetur, quod non ita servatur in cæteris legatis. §. *ex maleficiis.* vers. *item in ista*, *Inst. de action.* §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract.* Resp. non id, quod Accursius et cæteri hoc loco, nempe genera legatorum esse exæquata, non autem singulas species generum; ajo enim et singulas species esse exæquatas, hoc amplius singula individua legata. Neque tamen superius exemplum adversatur. Quod enim dicitur, omnia legata esse exæquata, hanc significationem habet, ut sint exequata, quatenus legata sunt, non autem amplius. Exempli gratia. Nemo dubitat aliud legatum esse, cum homo legatur, et aliud cum legatur pecunia; item aliud legatum esse centum aureorum, aliud 10. Sed hæc ideo contingunt, non quia legata sunt, sed quia sunt res diversæ: cæterum quatenus legata sunt, eandem vim omnino obtinent. Idem accidit in legato ad pias caussas; nam quatenus in eo legatum est, non differt a cæteris legatis. Quod autem heres inficians mulctatur dupli, non propter legatum, sed propter rem, seu personam cui legatur, contingit, cui hoc favoris gratia tributum est.

3 Secundum † hic statuitur, fideicommissa quoque esse exequata legatis, et omnium eandem esse naturam, de quo initio tituli de fideicommissis dictum. Tantum hic notandum est, quod illic omisimus, sententiam hanc et constitutionem de exæquatione fideicommissi et legati, accipiendam esse de fideicommissis singularibus seu particularibus, quemadmodum et legata intelliguntur legata singularum rerum, non universi juris. Nam quod ad universa jura attinet, puta cum heres est rogatus hereditatem restituere: hic jus antiquum manet, quo jure ex hereditate haud quicquam transfertur in fideicommissarium, antequam hereditas sit illi restituta, L. *facta in pr. D. ad Treb.* Cum in legatis contra ita jus sit, ut rei legatæ dominium recta transferatur, et transeat ab herede in legatarium, quanvis re illi non tradita, dummodo legatum non repudiavit, *L. servum filii.* §. 1. *L. si tibi*, §. *cum servus*, *de leg.* 1. L. *Legatum*, *de leg.* 2.

Sed † cum eadem sententia repetatur in 4
L. 2. *seq.* quid hæc lex differt a sequenti? Resp. plurimum etiam in hac parte. Nam de exæquatione legatorum et fideicommissorum hic obiter dicitur, et veluti per consequentiam earum actionum, de quibus hic præcipue agitur. Statuitur in L. 2. hæc sententia ex professo; ita in L. 3. Hic dicitur eandem esse naturam fideicommissi et legati. In L. 2. hoc amplius dicitur, quomodo et quando, et quibus in rebus eadem sit. Præterea in hac L. dicitur, eandem naturam esse in rebus omnibus, idque declaratur. Tertium caput et proprium hujus loci est de actionibus legatorum et fideicommissorum nomine
constitutis. Has † actiones tres esse placet, 5
personalem, in rem, et hypothecariam. In his actionibus constituendis primum illud occurrit, quod dubitatur, quod Justinianus ait, se hoc primum constituere, ut hæ sint actiones, cum constet etiam jure veteri plures actiones de legatis competiisse, *L. cum filius*, §. *variis*, *de legat.* 2. Respondeo: jure veteri quoque fuerunt plures actiones,

sed

sed de legatis: nam de fideicommissis una fuit persecutio in personam extraordinaria, *L. pecuniæ*, §. *actionis*, *de verb. signif.* Hoc primo Justinianus hac constitutione immutavit, qui voluit, quæ actiones competebant de legatis, easdem quoque de fideicommissis competere. Præterea et de legatis duæ tantum fuerunt actiones, actio in personam et actio in rem. Hypothecariam autem eo nomine non fuisse, ex eo intelligitur, quod edicto prætoris cavebatur, ut de legatis caveretur legatariis et fideicommissariis stipulatione: quod nisi caveretur, tum demum consequeretur legatarius et fideicommissarius, ut mitteretur in bonorum possessionem, et eadem promissione pignus prætorium nancisceretur, non ante, toto Tit. *ut legat. et fideicommissor. nomine caveat*, *et* Tit. *seq. ut in poss. legat. etc. L. non est mirum*, *de pign. actio.* Justinianus primus statim ab initio legatariis et fideicommissariis hypothecam dedit: quod quoniam novum constituebat, idcirco conatus est hic ejus constitutionis rationem reddere *in* §. I. *et seq.*

6 Genera † harum actionum consideremus: quod ideo faciendum est, ne ex hac constitutione in errorem incidamus. Nam constitutio est ita scripta, quasi videatur de iisdem rebus adversus easdem personas tres actiones hasce constituere quod non est ita. Idque solum intelligitur cognita singularum actionum natura, quæ ob id nobis singillatim est co-
7 gnoscenda. I. Legati † et fideicommissi actionem in personam competere constat, non tantum hac lege, sed jam olim. Sed cum nulla sit actio in personam, nisi ex obligatione, nec ulla obligatio, nisi aut ex contractu aut maleficio, quasi contractu, aut quasi maleficio. §. I. *Institution. de action.* Unde potest hic actio esse adversus heredem, a quo quid relictum est, cum is neque contraxerit cum legatariis, aut fideicommissariis, neque quicquam adversus eos deliquerit, vel quasi? Respondeo, veteribus etiam actionem esse in personam ex quasi contractu: quasi heres contraxerit cum legatariis et fideicommissariis. §. *heres autem*, *Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu.* Sed unde hic quasi contractus intellectus est? Id explicatur **L.** 3. §. *ult. et* L. *seq. quib. ex causs. in poss. eatur.* hoc modo ut heres adeundo, vel pro herede se gerendo, videatur hoc ipso suscipere necessitatem et solvendi legata et solvendi creditoribus legatariis, ut quoniam a defunto hereditatem accipit, eodem facto declaret se velle ejus voluntati parere. Hinc illius obligatio; ex hac obligatione actio in personam ejus.

Hinc † intelligimus, quibus de rebus actio hæc in personam competat, et adversus quos. Omnes res, non tantum, quæ defuncti fuerunt, sed etiam alienæ legatæ aut fideicommissæ peti possunt ab herede, ut vel eas redimat, vel earum restitutionem præstet, §. *non solum de legat.* Proinde hæc actio de omnibus rebus obligatis competit. Sed et si quid heres facere jussus sit: peti ab eo potest, ut faciat, proinde et in factis hæc actio locum habet. Cum autem omnis actio in personam sit adversus eum qui obligatus est, L. *actionum*, *de obl. et act. d.* §. I. *Inst. de act.* Solus autem heres, et is a quo fideicommissum est relictum, obligatur ex quasi contractu: consequens est igitur actionem hanc in personam † de legato et fideicommisso non competere, nisi adversus heredem ipsum, qui fideicommisso obligatus est; aut eo mortuo adversus heredem ejus, quia actio in personam etiam adversus heredes competit: §. I. *Inst. de perpe. et temp. act.* Hæc actio veteribus dicta est actio ex testamento, ut ex his locis patet, L. *plane*, 34. §. *quod si rem emissem*, L. *nam quocunque in pr. et* §. 7. *L. etiam, de solu.* Quid ergo si fideicommissum sit codicillis relictum? Resp. Etiam de hoc fideicommisso actio olim in personam competebat, sed hæc dicebatur extraordinaria persecutio fideicommissi. Solum ex testamento actio de legatis competebat, ut quæ solum testamento relinqui possent: nam codicillis non competebat §. *præterea*, *Inst. de fid. her.* Hodie post constitutionem hanc Justiniani, *et post* L. *seq.* cum omnium fideicommissorum et legatorum eadem natura sit: dicimus, si quid legatum, aut fideicommissum sit codicillis; actionem in personam competere, non ex testamento; quia codicilli testamentum non sunt, L. *si idem*, *sup. de codicill.* sed ex suprema voluntate. Idque hac constitutione eam actionem inducente. 8 9

Secunda † actio est lagatorum et fideicommissorum nomine prodita, *actio in rem.* Ex quo primum intelligimus, quicquid legatum, aut fideicommissum est alicui, ejus rei dominium recta transire in legatarium et fideicommissarium, si modo rem non repudiaverit; Idque jus erat olim in legatis, ut paulo ante dixi ex suis locis. Nunc idem hic in fideicommissis intelligimus constitutum. Intelligitur autem hoc ipso, ut actio in rem et de fideicommisso constituatur. Nam actio in rem jure civili nulli competit, quam domino, L. *in rem*, *de rei vind.* 10

Hinc consequens est actionem in rem legatorum aut fideicommissorum nomine, non de

de iisdem rebus competere, de quibus in personam actio; quoniam non omnes res legatæ, aut fideicommissæ sunt in ea caussa, ut efficiantur legatarii, aut fideicommissarii. Primo igitur, si quid fieri testator jussit, hic locum habere non potest in rem actio, cum factum non sit res, quæ dominio subjiciatur cujusquam. Et ideo liberatione legata, idest tunc, cum jussus est heres debitorem liberare, non potest hujus liberationis consequendæ caussa alia actio institui, quam in personam ex testamento, ut et olim fiebat. L. 3. §. *nunc de effectu legati*, L. 4. *de lib. lega.* Sed etsi res, quæ subsistat, legata erit, tamen de aliena re legata actio in rem competere non potest. Idemque dicendum, si pecunia, aut res aliqua sit generaliter legata; nam hæ res ideo non sunt legatarii, quia non prius fuerunt testatoris. Nemo autem plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet. L. *nemo plus*, *de reg. jur.* Ut autem in rem actio competat legatario, prius est, ut legatarius sit ejus rei dominus, ut supra dictum. Solum ergo in rem actio competere potest de rebus, quæ fuerunt testatoris, quorum ipse dominium transferre potuit. Idque adeo verum est, ut quanvis res heredis propria sit legata; tamen nihilomagis transferatur ejus rei dominium in legatarium, eoque nec in rem actio. Unde placet heredem, priusquam rem suam legatam præstiterit, posse suo jure eam alienare, et quovis modo de ea statuere, L. *si inquilinus*, §. 1. *de legat.* 1. Nec ad rem pertinet, quod ille locus de jure veteri scriptus est: nam etiam nunc idem jus manere oportet, si rei quæ heredis erat, dominium non transfertur in legatarium. Nunc autem non potest transferri invito herede quoniam, ut dixi, semper verum est, testatorem ejus rei non fuisse dominum, neminem autem plus juris in alium potuisse transferre, quam ipse habuit.

Sed obstant verba hujus constitutionis, *d. vers. rectius.* Quibus diserte scribitur, actionem in rem de iisdem rebus competere, de quibus et actio in personam. Respondeo; Hoc interpretes sic recte acceperunt, ut in rem actio de iisdem rebus competat, si modo rerum natura patiatur, vel ut competat de iisdem rebus, ubi per actionis naturam id fieri potest. Natura autem actionis in rem exigit, ut is qui in rem agit, seu vindicat, ejus rei dominus sit, quam vindicat. In superiores autem res quas dixi, non cadit, ut iis legatis dominium a testatore in legatarium transferatur. Quod si res testatoris legata erit, hic demum concurrent de ea re actio in personam et actio in rem; sic tamen, non ut legatarius utraque actione possit experiri, sed possit alterutra, quam elegerit, ut est in *d.* L. *cum filius variis*, *de legat.* 2. *L. hujusmodi.* §. *ult. de legat.* 1.

Sed hoc loco opponitur regula juris, qua efficitur, neminem rem suam condicere posse, seu neminem posse de re sua agere actione in personam, ut intendat eam rem sibi dari oportere. §. *sic itaque*, *Inst. de actionib. L. ult. D. de usufr.* Id si verum est, consequens esse videtur, legatarium, qui rei legatæ factus est dominus, et ob id in rem actionem habet, non posse de ea re habere actionem in personam, etiamsi hanc solam eligat. Resp. Nihil adversatur superior regula. Nemo enim condicere potest rem suam, si condicit ut suam; vel nemo de re sua agere potest actione in personam, si, ut dixi, intendat eam rem sibi dari oportere: sed rem suam quilibet condicere potest, dummodo condicat non ut suam, sed tanquam sibi debitam; et de ea quivis agere potest actione in personam, dummodo ne petat, ut sibi res detur, quod fieri nequit, nam jam est illius facta, sed petit eam rem sibi dari, vel restitui, seu quod idem est, ejus rei possessionem tradi. Nam hæc omnia de re nostra licere, traditur exemplis: unusquisque enim potest rem suam stipulari sibi restitui, et erit ei ex stipulato actio, ut restituatur. L. *nemo rem suam*, *de verb. obligat.* Item constat, posse unumquemque rem suam commodare, et apud alium deponere, ita ut sit illi commodati et depositi actio ad rem suam repetendam: quæ omnes actiones sunt actiones in personam, et de re nostra competunt, sed ideo de re nostra competunt, quia his actionibus agimus de re nostra, non ut nostra; sed ut nobis debita ex stipulatu, commodato, vel deposito; nec petimus ut ea nobis detur, sed restituatur. Nihil autem prohibet, quo minus res nostra sit; et tamen possessio sit apud alium.

Hoc idem in re legata fieri intelligitur, si res testamento legata fuerit: hæc efficitur legatarii, ex quo legatario actio statim in rem nascitur: sed nihilominus idem legatarius de ea re actione in personam experiri potest, si modo intendat eam rem sibi restitui debere. Nam si petit, ut sibi detur, seipsum oppugnat; sic enim fatetur rem sibi legatam non esse: nam si ei legata esset, ejus etiam facta esset; et si facta esset ejus, inepte intenderet ejus rei in se dominium transferri debere

debere. Atqui de iisdem rebus legatis actio in rem non competit adversus easdem personas. Idque natura actionis efficit: nam actio in personam datur adversus eum, qui nobis est obligatus, actio in rem adversus eum, qui rem nostram possidet, aut dolo malo desiit possidere. *L. actionum*, *de oblig. et act. L. qui petitorio*, *in princ. de rei vindic.* Proinde actio in personam de legato, aut fideicommisso datur solum adversus heredem, a quo legatum est, quoniam solus est obligatus: adversus cæteros, quanvis rei legatæ possessores, non datur. Actio in rem contra adversus heredem non datur, si non possideat rem legatam, neque dolo possidere desiit. Et rursus quicunque aliquam rem meam possidebunt, aut cum possiderent, dolo desierunt possidere, tenebuntur legatario et fideicommissario.

11 Tertia † actio legatarii, seu fideicommissarii, hic prodita est actio, quæ Serviana, seu hypothecaria dicitur, *d. vers. Rectius.* Hæc actio est, quæ creditori competit de rebus illi pro debito pignori hypothecæve obligatis, est, inquam, hæc in rem actio. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* L. *pignus*, *inf. de pig.* Hæc rursus non competit de iisdem rebus, de quibus superiores, neque adversus easdem personas, adversus quas actio in per-
12 sonam. De † quibus rebus competat, hac constitutione expressum est. Competit autem de rebus testatoris solum his, quas heres consecutus est, sive quæ ad heredem pervenerunt. Extant hæc verba in §. *sed hæc.* Et rursum in §. *ult. infr.* Ex his apparet hypothecariam actionem legatorum, seu fideicommissorum nomine non competere de rebus alienis. Et recte: nam non potest res obligari, nisi quæ in bonis debitoris fuit, L. *cum res*, *inf. si aliena res pign. dat.* Sed nec competit de rebus heredis: nam hæ res neque sunt, neque fuerunt antea unquam testatoris. Hæc autem constitutio solum testatoris res obligat. Sane si post sex menses petatur ab herede, ut satis det fideicommissi nomine, neque satisdat: constitutum est, ut fideicommissarius, si postulet, mittatur in bonorum possessionem etiam heredis: post quam missionem, ut supra dictum, incipiant res heredis pignori esse. Estque id genus pignorum prætorium, *L. certa*, *inf. ut in posses. legat.* Sed hoc nihil huic constitutioni adversatur, ubi de pignore et hypotheca agitur, quæ statim constituitur legati et fideicommissi nomine, et constituitur sine ulla missione in possessionem.

Sed nec de rebus testatoris omnibus actio hypothecaria legatario aut fideicommissario competit. Nam de rebus ipsis legatis nullo modo datur, propterea, quod, ut supra est effectum, hæ res sunt legatarii, et fideicommissarii, nulli autem res sua pignori esse potest, *L. neque pignus*, *de reg. jur.* Neque hoc adversatur definitioni hujus constitutionis. Et potius maxime hanc definitionem confirmat: nam res testatoris legatæ non perveniunt ad heredem, seu heres eas non consequitur; sunt enim legatarii et fideicommissarii, non heredis. Ex iisdem verbis definitionis superioris efficitur, quod Justinianus *hac L.* §. *ult.* constituit, nempe si plures erunt heredes testatoris, et a quibusdam relictum sit in portionem singulorum, solum teneri hypothecaria eas res, quæ sunt singulorum, non autem res coheredis; quoniam res coheredis ad alterum coheredem non pervenerunt. Nunc autem Justinianus vult solum eas res teneri, quæ ad heredem pervenerunt. Sit hoc exemplum: Duo sunt heredes instituti, ab his 100. legata sunt. Mortuo testatore singuli debent 50. Sic enim dividuntur inter heredes ea, quæ sunt in nominibus, L. *ea quæ sup. famil. ercisçund.* Dicimus, si unus ex his portionem non solvat, posse res has testatoris, quæ ad eum pervenerunt, conveniri hypothecaia actione. Res autem, quæ ad alterum pervenerunt heredem, conveniri eo nomine non possunt, neque earum rerum possessores.

Huic loco opponitur *lex* 2. *inf. si unus ex pluribus hered.* ubi pro eo, quod unus ex heredibus debet, etiam res alterius coheredis pignoris nomine conveniri possunt. Sed locus is nihil ad rem pertinet. Nam illic agitur de ea specie, cum obligatio et pignus a defuncto inceperint, cum defunctus debere cœpit pecuniam, et in eam pecuniam res ejus sunt obligatæ. Quemadmodum enim pro minima parte debiti res omnes defuncti erant obligatæ, L. *si rem*, §. *omnis*, *de pignor. actio.* Sic et pro quacunque parte hujus debiti, omnes res ejus tenebuntur. Itaque pro debito unius heredis, etiam res alterius coheredis convenientur, si testatoris fuerunt; nam prius erant obligatæ. Ex personis autem heredum non immutatur conditio obligationis, L. 2. §. *ex his*, *de verb. oblig.* Et in pignore ex persona possessorum non immutatur conditio pignoris, *d. L.* 2. *infr. si unus ex pluribus hered.* At hic agitur de legato et fideicommisso; hujus obligatio ab heredibus incipit, et propterea ab his quoque incipit pignus et hypotheca: cui rei consequens est, non nova aut singulari ratione juris,

sed

sed communi, ut in id quod singuli heredes debent, non possint obligatæ esse, nisi res, quæ sunt singulorum; quia pignus oportet esse, quod constituitur in bonis debitoris, L. *cum res, inf. si aliena res pignor. dat.*

Sed nec semper in omnibus legatis et fideicommissis hypothecaria actio locum habet, etiam adversus res, quæ testatoris fuerunt, et ad heredem pervenerunt; quoniam interdum non est necessaria. Id contingit in liberatione rei legatæ, cujus consequendæ nomine nihil amplius habet debitor, quam exceptionem, si conveniatur, aut actionem in personam ex testamento, ut liberetur per acceptilationem. In rem agere non potest, quia liberatio non est rei quæ sit in dominio nostro: hypothecaria etiam non potest agere, quia pignus tantum huc spectat, ut agenti cautum sit.

Liberatione autem legata satis debitori est consultum, quia propter exceptionem liberationem jam consecutus intelligitur. Id traditur in L. 1. §. *si debitori*, *D. ut in possess. legat.* Hypothecaria, ut dixi, in rem actio est, unde intelligitur, hanc non competere, nisi adversus eos, qui res testatoris, quæ ad heredem pervenerunt, possident, aut dolo malo desierint possidere. Cæterum si possident, aut dolo desierunt possidere, omnes tenebuntur, et maxime extranei, a quibus nihil est relictum, L. *si fundus*, §. *in vindicatione de pign. d.* L. 2. *infra*, *si unus ex pluribus.*

13 Notandum est, non tantum † has actiones tres legatorum, aut fideicommissorum nomine proditas esse adversus heredem, a quo quid relictum est: sed etiam proditas esse adversus legatarios et fideicommissarios singulares, a quibus rursum alteri quid legatum, aut fideicommissum est, quod nominatim cavetur in hac L. §. *Et hæc disposuimus.* Exempli gratia, Testator ita scripsit: *Fundum Tusculanum Primo do, lego, ab eo peto, ut ædes illas det Secundo.* Dicimus Secundo adversus legatarium Primum, item de eo, quod a Primo est relictum heredibus, has actiones tres competere, in personam, in rem, et hypothecariam. Sed unde in personam actio adversus legatarium? Respondeo ex eo, quod legatum fundi agnoscendo, intelligitur tacite etiam se voluntati defuncti subjecisse, et ita quasi contraxisse cum fideicommissario Secundo, ut supra, *de hered. act.* dictum. Unde autem actio in rem huic fideicommissario Secundo? Resp. Ex eo, quod ubi Primus fundum legatum agnovit, statim ædes in fideicommissarium sunt translatæ, si etiam testatoris fuerunt, et Primo legatario simul legatæ sunt; alioqui si ædes testatoris non fuissent, aut fuissent quidem, sed non Primo essent legatæ, aut non potuissent a Primo restitui, Secundi fideicommissarii fieri non possent. Hypothecariam autem actionem fideicommissario Secundo competere sic intelligendum est, si a Primo legatario alia res sit relicta, quam quæ Primo legata erat, ut in specie proposita fundus Primo legatus erat, ædes Secundo: hoc casu dabitur Secundo hypotecaria adversus fundum Primo legatum. Quod si proponeremus fundum Primo legatum, et ab eo petitum esse, ut fundum huic Secundo restitueret, non posset actio hypothecaria Secundo hoc casu competere. Non enim potest competere de aliis rebus, quam quæ testatoris fuerunt. Rursum non potest competere de fundo legato; quia hic incipit transire a Primo ad Secundum ipso jure, L. *neque pignus*, *de reg. jur.*

Notandum † præterea, quod in eodem §. 14
sed hæc, *h. t.* dicitur, a fideicommissario et legatario relictum non valere, nisi aliquid lucri legatario accesserit. Hoc falsum prima fronte videri potest. Nam certi juris est, quantum cuique testamento datum est, tantum ab eo fideicommitti posse, *Instit. de singul. rebus, et in princ. et* §. 1. Idque adeo verum est, ut si id, quod est legatum, jussus sit legatarius totum restituere, quartam ex lege Falcidia deducere non possit; quod tamen beneficium heredibus tribuitur, L. *lex Falcidia* §. *ult. ad leg. Falcid.*

Ideo veteres quidam moti sunt hoc loco. Existimaverunt enim his verbis hujus legis emendari *L. ex Falcidia* 47. §. *ult.* et rem huc deduci, ut nunc etiam ex legatis et fideicommissis Falcidia detrahi possit a legatario et fideicommissario, a quibus supra dodrantem legati, aut fideicommissi est relictum. Sed hoc aut imperite fit, aut veteratorie. Nam cum constet, quid Justinianus hoc loco senserit, aut imperitia est non intelligere, aut veteratorium contempta sententia verba captare. Apparet vero, Justinianum hic sentire, non valere fideicommissum relictum legatario, si legatario nihil lucri accedat, et cum ab illo fideicommissum relinquitur, est præstandum. Cæterum si eo tempore aliquid lucri ad eum pervenit, Justinianus sensit tantundem ab eodem relinqui posse. Id enim postea apud Justinianum sequitur. Itaque, si quid in prioribus verbis ambiguum est, ex sequentibus interpretari debemus: ita ma-

nebit semper jus vetus, in legatariis et fideicommissariis legem Falcidiam locum non habere, id quod legis Falcidiæ verba diserte exprimunt.

Ad L. Omne verbum. 2.

Iidem A. Juliano *Præfecto prætorio.*

Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare, vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis, quale est, *jubeo*, forte: sive precariis utatur testator, quale est, *rogo*, *volo*, *mando*, *fideicommitto*: sive juramentum interposuerit: cum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente ἐνορκῶ, partibus autem hujusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus. Sit igitur (secundum quod diximus) ex omni parte verborum non inefficax voluntas, secundum verba legantis, vel fideicommittentis: et omnia quæ naturaliter insunt legatis, et fideicommissis inhærere intelligantur: et contra quicquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum: et si quid tale est quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommissis accomodetur: et sit omnibus perfectus eventus, et ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariæ, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, et secundum ejus dirimatur naturam. Et nemo moriens putet legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adjutorio, et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur, et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur: et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus. Dat. X. Kal. Mart. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIUM.

1. *Constitutionis capita duo.*

1 Hujus † constitutionis duo sunt capita. Primum: Quibuscunque verbis testamento quid relictum sit, relictum valere, dummodo intelligatur, quid senserit testator. Secundum hujusmodi, eandem naturam esse legatorum et fideicommissorum. De priore capite etiam prioribus constitutionibus Imperatorum cautum erat, L. *in legatis*, *sup. de legat.* L. *quoniam*, *supra*, *de testament.* quibus in locis diximus. Exequatio fideicommissorum et legatorum, est Justiniani propria, de quo attigimus supra L. 1. Dixi autem plenius tit. *de fideicom.*

Ad L.

Ad L. Si duobus. 3.

Idem Augustus Joanni *Præfecto prætorio.*

Si duobus vel tribus hominibus, vel pluribus forte optio servi vel alterius rei fuerit relicta, vel si uni quidem legatario optio servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes dubitabatur inter veteres, si inter legatarios, vel heredes legatarii fuerit certatum, et alter alterum servum, vel alteram rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus rei judicem fortunam esse, et sortem inter altercantes adhibendam: ut quem sors prætulerit, is quidem habeat potestatem eligendi, cæteris autem æstimationem præstet contingentium eis partium: idest, servis quidem et ancillis majoribus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis æstimandis: minoribus vero decem annis, non amplius quam decem solidos computandis, sin autem artifices sint: usque ad triginta solidos æstimatione eorum procedente, sive masculi, sive fœminæ sint: exceptis Notariis, et Medicis utriusque sexus: cum Notarios quinquaginta solidis æstimari velimus, Medicos autem et obstetrices sexaginta. Eunuchis minoribus quidem decem annis, usque ad triginta solidos valentibus: majoribus vero usque ad quinquaginta, sin autem artifices sint, usque ad septuaginta.

SUMMARIA.

1. *Ubi plures, quibus optio est relicta, discordant in eligendo, sorte dirimitur.*
2. *Incertum ubi est, cui ex pluribus aliquid detur, nulli certo dare oportet.*
3. *Duobus cum res legata est, inter legatarios scindetur legatum.*
4. *Optione secuta, perinde est, quasi sine optione legatum esset.*
5. *Constitutioni huic quando locus sit.*

Testator ita scripsit: *Primo et Secundo, Stichi, aut Pamphili optionem do.* Item, cum Titio Stichi, aut Pamphili optio esset legata, Titius priusquam optaret, decessit pluribus heredibus relictis, ut jam incipiat optio Stichi, aut Pamphili ad duos quoque pertinere. Si ambo legatarii in unum aliquem ex his servis consentiant quem optent, is debebitur, si alienus est; sive testatoris, is legatariorum proprius esse incipit, L. *apud, de optione legat.* Sin jam legatarii inter se dissentiant, atque ita se mutuo impediant, quo minus hic vel ille servus eligatur; hic singulare et novum jus est constitutum. Hu-
1 jusmodi † nempe controversiam tunc inter legatarios dirimendam esse sorte, ut cui obtigerit sors, is solus electionem habeat. Hoc amplius, cum quis optaverit, rem quæ electa est, solius ejus in dominio esse, qui optavit; hac tamen lege, ut portionis alii collegatario debitæ æstimatio ei præstetur. Deinde addit, quanti servus sit æstimandus.

Novum autem non est et singulare, quod res in hac specie sorti committitur. Nam per sortem uni datur optio, cum secundum re-
gulam juris, ubi † incertum est, cui ex 2
pluribus aliquid detur, nulli certo dare oportet, L. *si fuerit legatum, de rebus dub.* Sed hoc constitutum est a Justiniano, ne voluntas defuncti intercidat, si dissentientibus legatariis nulla sit optio. Præterea et illud præcipue singulare est, quod ei cui sors obtigit, Justinianus totam rem optatam tribuit: nam duobus hæc res legata est secundum regulam
juris, cum duobus † res legata est, inter le- 3
gatarios scindetur legatum, L. *cui fundus, de condit. et demonst.* Nec ad rem pertinet, quod in hac specie uni tribuitur optio: Nam
optione † secuta, perinde habetur, quasi si- 4
ne optione legatum esset, L. *apud, de opt. legat.* Sine optione autem res duobus legata ex æquo ad utrumque pertinebit, ut dixi. Sed tamen non est iniquum, quod hic Justinianus constituit, propterea quod in hac re æqualis est utriusque legatarii conditio; nam sors e principio tam potuit uni, quam alteri

alteri contingere. Hæc æqualitas facit, ut neuter in hac re injuria afficiatur, argum. L. *de fideicommisso*, *supr. de transactio.* Et si is, qui non optat, putat sibi damnosum esse, quod partem rei non habeat, de se queri debet, quia per eum factum est, ut res ad sortem deduceretur, cum ipse non consentiret, qui servus optaretur.

5 Notandum est autem † huic constitutioni tunc demum esse locum, cum res una ex duabus pluribusve legata est duobus aut pluribus, nempe ea quæ optata erit. Diversum est, si duobus res diversæ sint legatæ, qui tamen mutuo dissensu se impediant, quod contingit in hac specie, cum duobus ejusdem fundi ususfructus legatus est alternis annis. In hac specie placet, si legatarii concurrerent in eundem annum, eos se impedire, neque res sorte dirimitur, L. 2. §. *ult. D. quibus modis ususfruct. amitt.* Hæc ratio est, quia in hac specie utrique legatario suus ususfructus diversorum annorum alternorum legatus est, non debet sorte hæc controversia dirimi, quia si sors uni dederit electionem primi anni; tamen alteri legatario suam electionem, et suum usumfructum adimere non debet. In specie autem hujus loci, optio uni ex legatariis per sortem tributa alteri legatario nihil adimit, ut mox dicemus.

Rursum animadvertendum est, tunc sorti locum esse in hac specie, cum duobus optio legata est rerum legatarum. Diversum est, si optio actionum tributa est lege pluribus legatariis. Exempli caussa, is, cui fundus erat legatus, priusquam constitueret de legato, decessit duobus heredibus relictis. Hi heredes duas actiones habent ad legatum persequendum, vindicationem et actionem ex testamento, sed sub electione, ut eam ex his, quam velint, eligant, *L. cum filius*, §. *variis, de legat.* 2. Placet in hac specie, si hi heredes consentiant, qua actione agant, eos recte ea actione experiri; sin autem dissentiant et unus velit rem vindicari, alter velit in personam agi adversus heredem: placet eos se mutuo dissensu impedire, nec res sorte dirimitur, L. *hujusmodi*, §. *ult. de legat.* 1. scilicet, quia alia caussa est actionum plurium pluribus tributarum, et alia rerum legatarum. Nam cum optio rerum legata est, et uni ex legatariis optio ea tribuitur, nihil adimitur collegatario. Non optio, quia eam neuter prius habuit; non res legata, quia ea ante optionem neutri debetur, et neutrius est, *d.* L. *apud*, *de opt. leg.* At plures actiones legati nomine competentes statim a principio sunt jure proprio heredum, ut etiam antequam eligant, actionem habeant, qua experiantur. Proinde nec uni electionem dabimus, ne ei electionem dando, alteri coheredi actionem ipsi quæsitam adimamus, quod est contra jus, contraque æquum et bonum, L. *ult. in fin. C. de pact.* L. 2. *de his, qui sunt sui*, *etc.* Exemplum L. *sancimus*, §. *sin autem in hujusmodi*, *infra*, *de donat.* ad hunc locum plane nihil pertinet; quia illic optio non duobus datur, sed uni.

Ad §.

Ad §. Sed etsi quis optionem

Sed etsi quis optionem servi, vel alterius rei reliquerit, non ipsi legatario, sed quem Titius sorte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel non poterit, vel morte fuerit præventus: et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit: utrumne legatum expiret, an aliquod ei inducatur adjutorium, ut viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere jussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocunque decesserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem: Ita tamen, ut non optimum ex servis, vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediæ æstimationis: ne, dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

SUMMARIUM.

1. *Optio quando et quibus casibus ad legatarium transeat.*

Si optio Stichi, aut Pamphili alicui legata sit, quando non legatarius, sed Titius extraneus optarit, secundum verba, legatarii optio non est. Si Titius extraneus vel non possit, vel nolit optare, Justinianus
1 constituit, duobus hisce casibus † optionem ad legatarium transire; uno, si mortuus erit Titius, quia jam certum sit, illum optare non posse: altero, si vivus optare nolit, aut non possit, et unus annus præterierit, ex quo optare debeat. Hic opponitur, *Lex* 1. *de legat.* 2. ubi traditur, legatum in alterius extranei arbitrium collatum, videri in arbitrium boni viri collatum, ita ut nullam conditionem, nullamque moram recipiat, secundum quam sententiam in proposito dici debuit, ut videtur, Titio non arbitrante confestim optionem legatario dari debere, quia bonus vir ita arbitraretur, et quia non deberet exspectari longior mora.

Respond. Aliud est conferre in arbitrium extranei aliquid, aliud in optionem et electionem. Extranei arbitrium significat voluntatem cum judicio et æquitate conjunctam, quod illis exprimitur verbis, *si arbitratus fuerit, si existimaverit, si putaverit, si ei videbitur*, L. 40. §. *quanquam, de legat.* 3. At electio et optio nudam et veram voluntatem eligentis continet, ut possit, qui eligit, eligere etiam deterius, prout ipsi libitum fuerit: cum in voluntatem interdum alterius aliquid confertur, ab ea voluntate non receditur, *L. si sit legatum, de legat.* 1. Proinde merito hic expectatur, donec Titius moriatur, aut intra annum non possit, aut nolit optare.

Sed ex hac solutione incidemus in contrariam difficultatem. Nam si optio in voluntatem meram collata est, non modo aliquod tempus expectari debet, dum optet, sed etiam illo non optante, optio erit nulla, nec ad alium recurret, L. *ult. supra, de contrah. emptio.* L. *si quis arbitratu, de verb. oblig.*

Respondeo, secundum verba ita etiam dici debuit in proposito, sed Justinianus defuncti spectavit sententiam: nam optionem in personam Titii contulit, non Titii, sed legatarii caussa. Proinde æquum, hanc legationem ad legatarium suo tempore redire. Cur igitur non statim ad collegatarium transfertur, ut sic voluntas defuncti confirmetur? Respond. Mediam viam est secutus Justinianus in voluntate obscura, ut in rebus obscuris et perplexis fieri consuevit, §. *penult. Inst. quibus ex causs. manum.* L. *ult. in fin. si pars hered. pet.*

Ad §.

Ad §. Sed quia.

Sed quia nostra majestas per multos casus legatariis, et fideicommissariis prospexit, actionesque tam personales, quam in rem et hypothecarias dedimus, et in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est: et ad hanc legem pervenimus. Nemo itaque heres ea quæ per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo adsignanda, vel mancipia manumittenda: Sed sciat hoc quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii exsistens, alieno juri applicari; quia satis absurdum est, et irrationabile, rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignorisve nomine obligare, vel manumittere, et alienam spem decipere.

SUMMARIA.

1. *Actionis in rem de rebus legatis et fideicommissis constitutæ effectus.*
2. *Res pure, aut in diem legata fideicommissave ab herede neque alienari, neque pignori obligari, neque manumitti potest.*

1 IN his, † quæ sequuntur, constituitur effectus actionis in rem de rebus legatis et fideicommissis constitutæ. Ergo si rei legatæ, aut fideicommissæ dominium in legatarium, aut fideicommissarium transit, ex
2 L. 1. *supr. hic.* Consequens † est, quod hic dicitur, rem pure aut in diem legatam fideicommissamve, ab herede neque alienari, neque pignori obligari, neque manumitti posse. Consequens inquam; quia si legatarius et fideicommissarius domini sunt, heres non est dominus. Porro qui non est dominus, dominium transferre non potest, L. *traditio*, *de acquir. rerum domin.* qui rem non habet, transferre non potest. L. *si dominium*, *infr. de pign.* nec potest quis manumittere servum, qui servum in sua manu et potestate non habet.

Et hæc ita dicit Justinianus se constituere, quanvis secundum veterem dispositionem aliud observetur. Quod ideo dicit, quia fideicommissi dominium non transibat in fideicommissarium olim, sed tantum dabatur fideicommissario in personam actio, eademque actio sola in legatis locum habebat, quæ relicta erant per damnationem, Theophil. §. 1. *Inst. de legat.* Nunc sublata et legatorum et fideicommissorum differentia, consequens fuit, ut de omnibus constitueret id, quod hic constituit. Juris autem illius antiqui, quod dixi, licere etiam heredi res fideicommissas alienare, argumentum est certum, L. *si heres*, §. 7. *ad Trebell.*

Animadvertendum puto in fideicommisso hereditatis, si heres ignarus fideicommissam rem aliquam hereditariam bona fide vendiderit, dum putat expedire, et vendiderit ignoranti, hoc casu venditionem servandam esse, ut et olim, §. *ult. h. L.* 2. *de legat.* 2. Neque obstat constitutio; quia cum fideicommissum hereditatis relinquitur, videntur singulæ res relictæ, aut pretium earum, et pretium tantum, ubi heres vendidit eas res bona fide, ignarus fideicommissas esse.

Ad §.

Ad §. Sin autem sub conditione.

Sin autem sub conditione, vel sub incerta die fuerit relictum legatum fideicommissum universitatis, vel speciale, vel substitutione, vel restitutione, melius quidem faciet, si et in his casibus caveat ab omni venditione, vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem avaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem vel hypothecam prosiluerit: sciat, quod conditione impleta ab initio caussa in irritum devocetur, et sic intelligenda est: quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in hujusmodi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione, sive sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem, vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, et sibi adsignare nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

SUMMARIA.

1. *Res sub conditione legata, aut fideicommissa, pendente conditione ipso jure est heredis: proinde eam ipsi distrahere licet.*
2. *Secus, si conditio legati, aut fideicommissi exstiterit.*
3. *In emptorem si dominium translatum sit, quomodo ab eo domino res auferri possit.*

1 COnsequens etiam superioribus id, quod hic cavetur; Si res † sub conditione legata, aut fideicommissa sit, pendente conditione ipso jure est heredis: ac proinde interim omnia tribuuntur heredi, quæ domino, L. *quæ post*, §. 1. *D. famil. hercis.* L. 1. §. *si filio*, *ad Trebell.*

Proinde heres pendente conditione rem legatam distrahet, et in emptorem transferet dominium, utpote dominus, §. *per traditionem*, *Institut. de rerum divis.* Sed † si conditio legati, aut fideicommissi exstiterit: eveniet contra, ut legatarius aut fideicommissarius rem vindicare possint, quasi prius nulla venditio præcessisset, scilicet quia conditione exsistente legatarius et fideicommissarius domini esse incipiunt rei legatæ, aut fideicommissæ. Idemque in rebus legatis olim jus fuit, ne quis putet jus per omnia hic novum constitui, *L. servo legato*, §. 1. *de legat.* 1. Sed non omnium rerum legatarum, aut fideicommissarum dominium transibat in legatarium, aut fideicommissarium, ut supra dixi: et circa has res Justinianus hic jus novum constituit. Sed † cum in emptorem dominium translatum sit, quomodo ab eo domino res auferri potest? 3

Respond. Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis, *L. lex vectig. D. de pignor.* Heredis jus in re sub conditione legata, solvitur impleta conditione, proinde, necesse est eadem conditione solvi jus emptoris.

Ad §. ult. Emptor.

Emptor autem sciens rei gravamen adversus venditorem actionem habeat tantum ad restitutionem pretii, neque duplæ stipulatione, neque melioratione locum habente: cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoratitia contraria actione adversus debitorem competente: ut ex omni parte, omnique studio id, quod semper properamus, ad effectum perducatur, et ultima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur, bonæ fidei proculdubio emptoribus integra jura, et nullo modo ex hac constitutione deminuta, contra venditores habentibus. Datum Kal. Septemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIUM.

1. *Re legata, aut fideicommissa vendita, et emptori a legatario et fideicommissario evicta, quomodo consulatur emptori ob evictionem.*

SI heres rem legatam, aut fideicommissam vendiderit, ea res emptori a legatario et fideicommissario evinci potest, ut
1 supra dixi. Re † evicta quomodo consuletur emptori ob evictionem? Hic duo singularia constituuntur. Primum, si emptor nominatim sibi caverit de evictione, tunc hæc pœna adversus eum constituitur, ne agere possit ex stipulatione et cautione. Rursum, quanvis nihil caverit de evictione; tamen constituitur, ut habeat regressum adversus heredem venditorem saltem, usque ad pretium, quod dedit. Hoc quoque singulare et contra jus; quia ei, qui sciens rem alienam emit, actio de evictione non datur. *L. si fundum, inf. de evict.* Sed Justinianus prius constituit recte, coercendi emptoris caussa. Posterius autem constituit per consequentiam prioris; quoniam qui in una re oneratus est emptor, debuit alia parte sublevari, *L. eum, qui D. de jurejurand.*

Ad Authen. *Res, quæ.*

Res, quæ subiacent restitutioni, prohibentur alienari quidem, vel obligari. Sed si liberis portio legitima non sufficit ad dotis, sive donationis propter nuptias obligationem: permittitur res prædictas in eam caussam alienare, vel obligare pro modo honestati personarum congruo. Ea enim, quæ communiert omnibus prosunt, his quæ specialiter quibusdam utilia sunt, præponimus.

SUMMARIUM.

1. *Filii, aut filia heredes instituti, rogati hereditatem restituere, ante omnia legitimam portionem habere debent.*

1 SI filii, † aut filiæ heredes instituti, rogati sint hereditatem restituere, hi ante omnia legitimam portionem habere debent. Quod si aut dotem, aut donationem propter nuptias dederint, prius ea solvere debent de legitima sua, si legitima non sufficit, possunt deducere de bonis paternis, aut aliter consequi id, quod ad donationem, aut dotem præstandam sufficiat, usque adeo: ut in eam caussam alienari possint et retineri res restitutioni subjectæ, quæ exceptio est superioris constitutionis. Hunc locum mihi videtur Accursius recte exposuisse in *Nov. de restit. et ea, quæ parit. etc. §. quamobrem*, ad verba, *si non suffecerit.*

AD TITU-

AD TITULUM XLVIII.

COD. AD SENATUSCONSULTUM TREBELLIANUM.

SUMMARIA.

1. *Fideicommissa hereditas quid?*
2. *Ratio inscriptionis, sive rubricæ.*
3. *Ordinis et methodi ratio late explicatus.*
4. *Differentiæ duæ inter fideicommissum hereditatis, et fideicommissum rerum singularum.*
5. *Summa hujus loci quinque quæstionibus proposita.*
6. *Heres an fideicommissum restituere debeat.*
7. *Fideicommissum quando recte relictum dicatur.*
8. *Si heres institutus, rogatus restituere, hereditatem adire nolit, ut ita fideicommissum intercidat: quid constitutum sit.*
9. *Fideicommissum quando restitui debeat.*
10. *Quid et quantum veniat in restitutionem fideicommissi.*
11. *Fructus rerum hereditariarum an fideicommissario restituendi sint.*
12. *Heres quando moram in restitutione facere dicatur.*
13. *Hereditas quomodo restituatur.*
14. *Quis restitutionis effectus.*

HOC titulo agitur de fideicommissis he-
1 reditatibus. Est † autem fideicommissa hereditas, de qua restituenda aliquis rogatus est: nam fideicommittere, ut restituat, et rogare, ut restituat, idem valent. Sunt enim omnia verba fideicommissi *Instit. de fi-*
2 *deicomm. hered.* Quod autem † inscribitur, *ad Senatusconsultum Trebell.* eo fit, quia hoc Senatusconsulto de restitutione fideicommissæ hereditatis cautum est. Inde inscriptio ejusdem tit. *Instit. de fideicommiss. hered. et ad Senatusconsultum Treb.* ubi et res, de qua agitur, et jus, quo de ea re cautum
3 est, conjuncta sunt. Sed † cum fideicommissaria hereditas sit species fideicommissi, cur de hac ipsa tractatum non est supra tit. *de fideicomm. rer. singularum*? Resp. Quia fideicommissaria hereditas proprium quoddam jus est, separatum a jure fideicommisi sin-
4 gularum rerum. Sunt † enim duæ hic differentiæ: nam si cui singulæ res aut legatæ, aut fideicommisso relictæ sunt, is cogere non potest heredem, a quo relictæ sunt, ut hereditatem adeat, et legata præstet: at quisquis est, cui heres rogatus est restituere hereditatem universorum bonorum, is heredem cogere potest, ut hereditatem adeat et restituat, L. *nam quod*, §. *ult. et seq. D. eod.* Altera est, quod omne legatum et fideicommissum singularum rerum ad legatarium pertinet sine ullo onere æris alieni. Contra is, cui hereditas ex fideicommisso restituitur, obligatur omnibus oneribus hereditariis ut heres, L. *ult. sup. de hered. act.* L. *si hereditatem*, *D. de hered. vel act. vend.* L. 1. *D. eod.* Sed cur non prius de fideicommissariis hereditatibus actum est, quam de fideicommissis rerum singularum, cum in Institutionibus id sit factum. Prior enim est titulus de *fideicom. hereditatib.* sequitur alter *de singulis rebus per fideicommissum relictis*? Et vere præstantior est hereditas, quam singulæ res, ut videatur de hereditate restituenda prius agi debuisse. Respond. Si res relictas tantum inspiceremus, prius de hereditate fideicommissaria restituenda agi oportuit: res enim major est et præstantior rebus singulis; universitas his rebus, quæ universitate continentur. Sed sub hoc titulo non agitur tantum de fideicommissa hereditate restituenda, sed de fideicommissi imminutione, quæ constituta est Senatusconsulto Pegasiano, §. *sed quia heredes*, *Instit. de fideic. hered.* Hanc imminutionem nos spectamus; naturæ ordo postulat, ut priori loco de rebus testamento relictis agatur, quam de relictis minuendis. Qua ratione factum est, ut post tractationem hereditatem testamentariarum, item agnatarum et fideicommissarum, ad extremum sit subjecta tractatio ad L. Falcid. qua lege de minuendis legatis cavebatur. Sed cur ob hanc caussam non præponitur titulus ad *L. Falcid.* ut *in Instit.* et D. est factum? Respond. Uterque ordo, et qui hic servatur, et qui servatur illic, rectus est, et suam rationem habet, prout diversas res spectamus. Lex Falcidia de legatis minuendis prius lata est, quam Senatuscons. Trebellianum constitutum. Hoc amplius, quod Senatusc. Pegasiano cautum est, ut heres roga-

rogatus hereditatem restituere, possit retinere quartam, ad exemplum L. Falcidiæ cautum est *d.* §. *sed quia*, *Instit. h. t.* Proinde cum et tempus spectamus, quo hæc L. constituta fuit, et similitudinem, quam legislatores hic secuti sunt, prius est, ut de L. Falcidia cognoscatur, quam de Senatusconsulto vel Trebelliano, vel Pegasiano. Prius enim est id, ex quo exemplum deducitur, quam exemplum, quod inde ducitur.

Rursum quoniam sub hoc titulo *ad Senatusconsultum Trebell.* non tantum de imminutione fideicommissi, sed etiam de hereditatis restitutione agitur, non male fit, si habita rei de qua agitur, ratione, prius de fideicommissa hereditate agitur hac lege, quam de singulis legatis et fideicommissis quæ lege Falcidia minuuntur.
5 In summa † de fideicommissis hereditatibus restituendis locus his breviter continetur. Nam cum constabit aliquem heredem rogatum esse a defuncto, ut hereditatem restituat, primo quærendum est, an fideicommissum restituere debeat; secundo loco, si restituere debet; quando debeat; tertio, quid et quantum veniat in eam restitutionem; quarto, quomodo hereditas restituatur; postremo, restituta hereditate, quid inde apud heredem maneat, quid in fideicommissarium transferatur, et in summa restitutionis effectus quis sit.

6 Prima quæstio † est, an fideicommissum heres restituere debeat? Dicimus fideicommissum omne, quatenus fideicommissum est, jure valere; sed non continuo fideicommissario hereditas restitui debet, sed his conditionibus, si et fideicommissum recte relictum est, et is qui rogatus est, adierit, vel quo alio modo acquisierit hereditatem.
7 Recte † fideicommissam hereditatem relinquit, si rite relinquitur, et ab his, a quibus oportet, et quando oportet. Rite relinquitur citra controversiam testamento, §. *in primis Instit. eod.* sed et rite relinquitur codicillis. Quod enim dicitur hereditatem codicillis dari non posse, tunc locum habet, cum hereditas directo datur, quod fit herede instituto, aut substituto; non etiam cum hereditas relinquitur verbis precariis seu fideicommissariis, L. 2. *sup. de codicill.* Quisquis autem est, ad quem hereditas nostra perventura est, recte rogatur ut eam restituat, ut sunt primo scripti a nobis, *d.* §. *inprimis*: deinde etiam heredes legitimi; nam et ab intestato fideicommissum relinqui potest. Hoc amplius et hi omnes, quibus ex fideicommisso hereditas nostra restituta est; quoniam et hi heredum loco habentur, ut postea dicetur. Hæc in §. *præterea*, vers. *tum autem*, *Inst. h. t.* Porro hic autem fideicommissa hereditas recte relinquitur: ut et pure et sub conditione, et in diem, seu ex certo die recte relinquatur, *d.* §. *inprimis*, vers. *potest. autem*, in quo proprium jus fideicommissarum hereditatum constituitur. Nam hereditas directe ex certo die et ad certum diem dari nequit: sed si dies adjectus fuerit, vitio temporis sublato, pro pura habetur, §. *heres*, *Inst. de her. inst.* L. *hereditas*, 34. *D. eod.* Quod, ut dixi, in fideicommissa hereditate danda contra observatur, et merito: quia ubi quis heres directe ad diem institutus est, nemo ante diem est heres, qui solvat creditoribus hereditariis, quod contra fit, cum quis heres institutus rogatus est post annum hereditatem restituere: nam interim heres institutus est heres, et idem, qui creditoribus hereditariis respondeat. Non est satis fideicommissum recte relinqui, ut is qui rogatus est, restituere debeat, nisi prius et ipse hereditatem adeundo acquisierit. Natura enim nemo restituere potest, quod non habet, nec unquam habuit: hereditas autem heredi non nisi adeundo, aut pro herede gerendo acquiritur, §. *ult. Inst. de her. qual.* Quid igitur † fiet, si 8
heres institutus rogatus restituere hereditatem, eam adire nolit, ut ita fideicommissum intercidat? Adversus hoc periculum prospectum est Senatusconsulto Trebelliano et Pegasiano. Nam quoniam ita jusserat, ut nemo invitus hereditatem adire cogeretur, quoniam aditio voluntate constat, L. *nec emere*, *supr. de jur. delib.* Ideo placuit initio heredes institutos et rogatos hereditatem restituere, adeoque cæteros heredes eodem modo invitare ad hereditatem adeundam: primo, periculi aditionis metu amoto: secundo, prœmio etiam adeunti constituto. Metus onerum hereditariorum justus est in herede, qui hereditatem adit: nam hereditas adita heredem obligat æri alieno, etiamsi solvendo non sit, *L. more*, *de acq. her.* Nec ad rem prodest heredi, si eam hereditatem postea restituat: nam qui semel heres exstitit, jure civili heres esse non desinit, L. *ait prætor*, §. *sed quod Pap. D. de minor. et L. ei qui*, *D. de hered. inst.* §. *restituta autem hereditate*, *Inst. de fideic. her.* Itaque non dubium est, quin hoc metu territi heredes, qui rogati erant hereditatem restituere, non facile adire hereditatem vellent. Proinde hoc metu primum liberati sunt Senatusconsulto Trebelliano, quo effectum est, ut quæ actiones jure civili heredi et in heredem competunt, hæ

ei

ei et in eum dentur, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, L. 1. *h. t.* Sed restabat adhuc hoc incommodum, quod obstabat heredibus, quo minus hereditatem adirent, quam rogati erant restituere; quia nollent hereditatem adire sine ullo, aut perexiguo lucro. Quare et huic incommodo prospectum est Senatusconsulto Pegasiano quo cautum est, ut heredibus rogatis hereditatem restituere, non minus quartam partem retinere liceat, quam per L. Falcidiam de singulis legatis retinere conceditur, §. *sed quia heredes*, *Inst. h. t.* His rebus fiebat, ut invitati heredes ad adeundam hereditatem facilius adire vellent hereditatem: sed nondum tamen his rebus perficiebatur, ut hereditatem adirent. Non fieri poterat, ut vel non necessario metu moverentur, vel consulto hereditatem adire nollent, quo nocerent fideicommissario, vel quo voluntas suprema intercideret. Idcirco visum est eodem Senatusconsulto Pegasiano heredibus adire recusantibus necessitatem imponere. Placuit igitur, ut desiderante fideicommissario, cui hereditas restituenda est, et postulante suo periculo hereditatem adiri, cogatur heres per prætorem hereditatem adire et restituere, sine ulla exceptione, L. 4. L. *nam quod*, §. *ult. de codicill.* §. *sed si recusabat*, *Inst. h. t.* Idque usque adeo; ut quanvis heres ultro hereditatem repudiasset; nihilominus tamen desiderante fideicommissario adire cogeretur. L. *nam quod*, *in pr. D. eod.*

Hereditate hoc modo adita, cum et fideicommissum valeret, nihil aliud relinquitur heredi rogato, nisi ut hereditatem restituat.

9 Sed † quando restituere debet, statimne, an postea? quod secundo quærebatur. Res posita est in voluntate defuncti: si sub conditione fideicommissum relictum est, tunc debebitur, cum conditio exstiterit; si pure, statim et præsenti die debebitur. Hæc vis est et conditioni et aditioni adjecta L. 1. *de cond. et demonstr.* §. *omnis.*, *Inst. de verb. oblig.* L. *cedere diem*, *de verb. sig.*

10 Tertium sequitur, † ut videndum sit, cum hereditas restitui debeat, quid et quantum restituendum sit? Ei quid restitui debeat, positum est in verbi significatione: hereditatem jussus est restituere; proinde id venit in restitutionem, quod hereditate continetur, id est, quod defuncti fuit, cum moreretur, L. *in fideicom.* §. *quoties*, *D. eod. L. hereditas*, *de reg. jur. L. nihil aliud*, *de verb. sig.* Hereditatis verbo eadem continentur, quæ verbo bonorum, L. 1. 2. 3. *de bon. poss.* Bonorum autem appellatione non tantum res corporales continentur, sed jura et actiones, quæ defuncto competebant, L. *bonorum*, *de ver. sig.* Proinde quæcunque actiones defuncti fuerint, hæ in fideicommissarium sunt transferendæ, L. *postumos*, §. *ult. D. eod.* Quæsitum † est de rerum hereditariarum fructibus, an et hi restituendi sint fideicommissario? Et placet, si hi post hereditatem aditam ab herede percepti sint ante restitutionem hereditatis, eos duobus tantum casibus restitui debere. Uno, si testator voluerit restitui, L. *in fideic. in pr. D. eod.* Altero, si mora facta ab herede percepti sint, *d.* L. *eod.* In quo jus proprium legatorum et fideicommissorum notandum est. Nam in cæteris actionibus omnibus in personam, quibus nos petimus quod antea nostrum fuit, fructus etiam post moram non præstantur, *L. videamus*, §. *actionem*, *de usur.* præterquam in bonæ fidei judicis, *L. mora*, §. *in bonæ fid. D. eod.* Sed placuit in hanc rem legata et fideicommissa bonæ fidei judicio comparari. *L.* 3. *D. eod.* Moram † autem facit heres in restitutione hereditatis, cum a fideicommissario interpellatus opportuno loco et tempore, non restituit, *L. mora*, *D. de usur.* Quod si fructus ante moram ab herede percepti sint, neque de his restituendis rogatus sit, hi in restitutionem non veniunt, *d.* L. *in fideic. in pr. et* §. *quoties*, *D. eod.* Quia, ut ibi scriptum est, ii magis rebus accepto ferendi sunt. Sensus est: quia nihil ab herede restitui debet, nisi quod est hereditarium, seu quod jure hereditario receptum est. Fructus enim ex rebus hereditariis non tam jure hereditario; seu ex hereditate percipere heres intelligitur, quam ex rebus ipsis, quæ post aditam hereditatem desierunt esse hereditariæ et cœperunt esse heredis, L. *heres in rem*, *de acq. hered.* L. *cum heredes*, *de acquir. possess.* 11 12

Sed diligenter notandum est, hoc dici de fructibus ab herede perceptis: proinde si usuræ et pensiones ex caussa hereditaria debitæ nondum ab herede exactæ sunt, non fiunt heredis, sed actio ad eas petendas, tota in fideicommissarium transfertur, L. *postulante*, §. *ult. D. h. t.* Hoc amplius exigimus, ut fructus percepti sint post aditam hereditatem, ut sic fiant heredis. Nam si ante hereditatem aditam percepti erunt, hi in restitutionem venient, quemadmodum qui vivo adhuc testatore sunt percepti. L. *ita tamen*, vers. 1. *in fin. D. eod.* Et merito. Nam fructus vivo testatore percepti facti sunt testatoris proinde in hereditate ejus reperiuntur. Porro fructus mortuo testatore ante aditam

tam hereditatem percepti a defuncto intelliguntur; quia hereditas jam adita defuncti sustinet personam, L. *hereditas*, *de acq. rer. dom.* Hæc sunt, quæ in restitutionem hereditatis veniunt; sed ita veniunt, ut debeant restitui tota, nisi quando ex SC. quarta pars apud heredem manere debet. Interest igitur, utrum heres volens adierit hereditatem, an coactus: si volens adiit, quartam retinere potest ex Senatusconsulto: quod si coactus adiit, totum restituere cogitur, quod restituere rogatus est, ita ut nullum commodum ex hereditate sentiat, L. 4. *D. eod.*

13 Quartum † sequitur, quomodo hereditas restituatur. Restitutio hereditatis non continetur traditione rerum, ut fit in rebus corporalibus, quæ non nisi traditione transferuntur, L. *traditionibus*, *sup. de pact.* Sed sola voluntate hereditas restituitur, sive verbis hanc voluntatem declaret heres, sive re aliqua et facto. Verbis, ut si aperte dicat fideicommissario, se illi hereditatem restituere. Re et facto, si vel rem unam minimam hereditariam restituat fideicommissario, ut velit hereditatem illi restitutam esse. L. *restituta D. eod.* Ita restitutio hereditatis, quemadmodum et aditio hereditatis sola voluntate perficitur, dum tantum restituatur fideicommissario, qui restitutionem admittit, quod facere petest præsens, vel absens per nuntium, L. *epistolam*, *d.* L. *restituta*, *D. eod.*

Restituta † hereditate, extremo loco de effectu restitutionis quæritur. Hic comprehensus est SCto Trebelliano, quo, ut supra dixi, effectum est, ut omnia commoda hereditaria, et item incommoda in fideicommissarium transferantur, *d.* L. *restituta.* Quo SCto effectum est, ut fideicommissarii, quibus hereditas restituta est, heredum loco habeant omnia, L. *postulante*, §. *ult. D. eod.* Et hoc fit in totum, quoties tota hereditas fideicommissario restituta est. Quod si heres voluntate testatoris, aut beneficio SCti hujus quartam retinuerit et dodrantem fideicommissario restituerit: evenit, ut scindantur inter eos actiones hereditariæ, item commoda et incommoda, pro portionibus unicuique competentibus, ita ut heres pro quarta parte teneatur creditoribus hereditariis ipso jure: item et legatariis et fideicommissariis: et his omnibus teneatur utili actione ex SCto, sublato jure veterum, quo observabatur, ut fideicommissarius tantum teneretur stipulationibus interpositis inter eum et heredem, de quo videndum est, quid Justinianus scribat *in* §. *restituta*, §. *sed quia heredes*, §. *sed quia stip. Inst. de fideic. Her.* Utriusque divisionis exempla et confirmatio petenda sunt *ex* L. 12. *h. t.* Alia verba inscriptionis hujus tituli, de incertis personis, non sunt ferenda. Non enim agitur hic de incertis personis. 14

Ad L.

Ad L. Si ex. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Probo.

Si ex Senatusconsulto quartam partem hereditatis retinuisti, et dodrantem fideicommissario restituisti: quod creditoribus hereditariis pro novem unciis præstiteris, a fideicommissario petere potes. PP. XV. Kalen. April. Laterano et Rufino Coss.

SUMMARIA.

1. *Restituta hereditate fideicommissarius tenetur creditoribus hereditariis iisdem actionibus, quibus heres.*
2. *Heres si quarta parte retenta ex SC. dodrantem hereditatis restituit fideicommissario, et creditoribus hereditariis quod debebatur, solvit; solutum pro dodrante a fideicommissario repetere potest.*
3. *Quid si solverit nondum restituta hereditate, nec retento eo quod solvit, restituat hereditatem, an solutum itidem pro dodrante repetere possit.*
4. *Qua actione id repetere possit.*
5. *Notanda hic quæ sint.*

SI actiones, quæ jure civili in heredem competunt, transeunt in fideicommissarium restituta hereditate, ut transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano, *L.* 1. *D. h. t.*
1 § *restituta*, *Instit. h. t.* consequens est, † restituta hereditate, fideicommissarium teneri creditoribus hereditariis, iisdem actionibus, quibus heres teneretur: nam onus æris alieni heredis est, L. *ult. sup. de hered. act.* Si fideicommissarius tenetur creditoribus hereditariis, consequens est, quod hic dicitur, si
2 heres † quarta parte retenta ex Senatusconsulto dodrantem hereditatis restituit fideicommissario, et is heres creditoribus hereditariis solverit quod debebatur, eum pro dodrante repetere posse a fideicommissario, quod solvit: consequens ideo, quia ea solutione fideicommissarium liberavit, quod facere potuit, etiam pro invito solvendo, *L. solvendo, de neg. gest.* eum liberando, negotium ejus gessit: negotiorum gestorum nomine est actio negotiorum gestorum ei, qui gessit, adversus eum, cujus negotium gestum est. *L.* 1. 2. *de negot. gest.* L. 3. *sup. de neg. gest.* Et hoc expeditum est, ubi heres restituta hereditate jam solvit creditoribus: sic enim, ut dixi, solvendo, vere fideicommissarium liberavit, qui jam teneri cœperat.

3 At quid si heres † nondum restituta hereditate solverit creditoribus; deinde non retento eo, quod solvit, restituat hereditatem, an quod solvit, poterit itidem repetere pro dodrante a fideicommissario? Movet dubitationem, quod heres ante restitutam hereditatem solvendo, negotium suum gerit, non fideicommissarii, seu vere se liberat, non fideicommissarium. Nam fideicommissarius nondum restituta hereditate non obligatur actionibus hereditariis, quæ tunc solum transferuntur, cum restituta est hereditas, *d.* L. 1. *h. t.* Ita solus heres actionibus hereditariis tenebatur, et quia solus tenebatur, solvendo se solum liberat, eoque et solius negotium suum gerere videtur, atque ita efficitur, ut nullam negotiorum gestorum actionem habeat adversus fideicommissarium. Hic rescriptum est, etiam hoc casu heredem, qui creditoribus solvit, repetere posse a fideicommissario, quamvis solverit non restituta hereditate.

Sed qua † actione? Ait Accursius, negotiorum gestorum, quod aliis displicet. Rectissime Accursius. Nam nisi sit actio negotiorum gestorum adversus fideicommissarium, nulla esse poterit adversus eum actio. Et vero negotium fideicommissarii hac solutione aperte gestum est. Non obstat, quod heres ante restitutionem hereditatis se liberat, non fideicommissarium. Subtilitate enim juris et præsente tempore respecto fideicommissarium non liberat: at effectu liberat, quia futurum erat, ut restituta hereditate fideicommissarius teneretur: quo minus autem teneatur, consequitur heredis solutione. 4

Præterea certius dici potest, heredem, dum ante restitutam hereditatem solvit credito-

ditoribus, gerere negotium fideicommissarii, non quia eum liberat; sed quia solvendo locupletiorem faciat hereditatem, sublatis nimirum oneribus hereditariis. Quapropter cum eandem hereditatem fideicommissario restituit locupletiorem, hujus rei utilitas ad fideicommissarium pertinet; facere enim ad rem et utilitatem alterius, est negotium ejus gerere, L. 2. *de neg. gest.* Notandum
5 est † autem, quod hic dicitur, heredem, qui solvit creditoribus hereditariis, non repetere a fideicommissario totum, quod solvit, sed tantum pro dodrante, idest, novem unciis. Ex quo colligitur, pro quarta parte quam heres retinuit, onus æris alieni ad heredem pertinere; unde rursus intelligitur, quod supra ad hunc titulum dictum, cum heres retenta quarta parte hereditatem restituit ex fideicommisso, inter heredem et fideicommissarium actiones hereditarias esse pro portionibus hereditariis competentibus, quod et scriptum est *in Inst. de fideicomm. hered.* §. *si quis una*, *Inst. eod.* et apertius comprehensum L. *seq. h. t.*

Ad L. Ad eum. 2.

Imp. Philippus A. et Philippus C. Juliano.

Ad eum, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum præstationem pro competenti portione spectare, indubitati juris est PP. XVIII. Kal. Novemb. Peregrino et Æmiliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Definitio, seu summa legis.*
2. *Onus hereditarium quid, et quatenus in fideicommissarium transeat. num.* 3.
4. *An quemadmodum fideicommissarius legata pro dodrante præstare debet; ita et heres pro quarta parte retenta eadem præstare teneatur.*
5. *Verbum* partis *quid significet.*
6. *Heres quarta parte retenta, dodrantem solum restituens, pro quarta parte et nomine et reipsa heres est.*
7. *Quoties jubetur heres restitue e hereditatem non quarta parte, sed una summa, aut re aliqua singulari deducta, toties omnes actiones in fideicommissarium transeunt, et ea pars, quæ apud heredem manet, sine ullo onere remanet.*

Definitio legis hæc est, cum hereditas
1 fideicommissario pro dodrante † restituta est, quarta parte ab herede retenta, onus æris alieni, et item legata ad fideicommissarium spectare: sed ut dixi, pro compe-
2 tente portione, quæ illi restituta est. Onus † hereditarium est onus æris alieni, quod debetur creditoribus defuncti. Hoc onus, ut dictum est, onus heredis est; quia hic solus ex lege 12. tabularum creditoribus heredita-
3 riis tenetur, L. *ult. supr. de her. act.* Id † ex senatusconsulto Trebelliano transit in fideicommissarium, restituta hereditate. Sed transit, quatenus jus et fructus hereditatis ad fideicommissarium transfertur, ut verba senatusconsulti, *d.* L. 1. *D. hic.* Proinde pro hac solum parte onus hoc ad fideicommissarium pertinet; pro parte autem ab herede retenta heres tenetur creditoribus, *d.* §. *si quis una*, *Inst. h. t.* Hoc jus in ære alieno nullam dubita-
4 tionem habet. Quæritur † de legatis, an quemadmodum fideicommissarius pro dodrante ea præstare debet, ita et heres pro quarta parte retenta ea præstare debeat? Non dubitaremus, nisi Accursius et alii hunc secuti statuerent, legata solum a fideicommissario deberi, ab herede autem qui solam quartam hereditatis retinuerit, non deberi, quod statuerunt in *L.* 1. §. *ult. D. eod.* L. *ult. inf. eod.* Qua sententia nihil magis falsum est, proinde adversus eam confirmandi sumus.

Sic igitur statuamus, legata testamento relicta, aut codicillis, restituta hereditate scindi inter heredem et fideicommissarium, itidem ut onus æris alieni, ut ea ab utroque præstentur, pro portionibus hereditariis, quæ illic obtigerunt. De fideicommissario non dubitatur; de herede non minus jus certum est. Id probatur verbis hujus legis, ubi dicitur, legata ad fideicommissarium spectare solum pro competente portione: ex quo intelligimus pro alia parte, quæ heredi competit, id onus ad heredem spectare, quemadmodum

modum et de actionibus idem fieret. Nec cavillari verba oportet, ut facit Accursius: nam in principio hujus rescripti agitur de eo, cui pars hereditatis restituta est. Accursius ait, hoc intelligi debere de eo fideicommissario, cui heres rogatus est restituere dimidiam tantum partem hereditatis; quo casu fatentur, legata dividi inter heredem et fideicommissarium pro æquis partibus. *L.* 1. §. *pen. D.*
5 *eod.* Et moventur eo, quia † verbum *partis* dimidium significat, ut traditur diserte in *L. nomen*, §. 1. *de verb. signific.* Sed additur ibidem *partis* nomen non semper significare dimidiam, et generaliter non significare tunc, cum additum est aliquod verbum, quod aliam partem, quam dimidiam demonstrat, ut si quis dixerit, partem dimidiam, quartam, tertiam. Id hoc loco factum est: nam quæ initio hujus legis dicitur pars, ea postea dicitur pars fideicommissario competens. Scimus autem partem fideicommissario competentem esse dodrantem, non autem dimidiam. Omissis hujus legis verbis, ratione minime dubia efficitur heredem pro quarta parte hereditatis retenta teneri ad præstandum legata. Nam certi juris est, onus legatorum esse onus heredis non minus, quam onus æris alieni. Id probat definitio legati. Dicitur enim legatum donatio testamento relicta ab herede præstanda. §. 1. *Inst. de leg.*
6 At cum † heres quarta parte retenta dodrantem solum restituit, pro quarta parte, et nomine et reipsa heres est. Nomine, quia heres semel factus, nunquam jure heres esse definit, quanvis hereditatem restituit, §. *restituta*, *Inst. hic* L. *ait prœtor*, §. *sed quod Papinian. D. de min.* Re quoque heres est; quoniam eatenus hereditatis partem et emolumentum retinet; proinde jure eatenus onus legatorum et æris alieni ad eum pertinere debet. Idem evidenter colligitur ex Senatusconsulto: nam verbis Senatusconsulti ante restitutam hereditatem declaratur, omnes actiones in heredem competere, quæ intelliguntur actiones æris alieni et legatorum; neque hæ actiones ab eo discedunt, nisi in fideicommissarium transeant: at quoties restituitur hereditas pro dodrante, solum actiones pro ea parte in fideicommissarium transferuntur, ut intelligitur ex verbis ejus Senatusconsulti: nam eo cautum est, ideo transferri actiones in fideicommissarium, quia jus et fructus ad eum transeunt: ex qua ratione intelligimus, quatenus fructus hereditatis in fideicommissarium transeunt, eatenus actiones in eum transire, quatenus vero non transeunt, eatenus nec transire actiones, quia ratione legis cessante, legi locus non est, *L. quod dictum*, *D. de pact.* Eodem pertinet, quod generaliter definitur in *d.* §. *si quis una*, *Inst. eodem*, quoties heres, retenta quarta parte hereditatis, dodrantem restituit, scindentur inter heredem et fideicommissarium actiones, quibus heredes tenentur. Generaliter dictum est, *actiones.* Hæ autem non sunt tantum æris alieni, sed et legatorum, quibus pariter heres tenetur. Nihil ad rem pertinet L. 5. §. *ult. D. eodem.* Nam in exemplo ejus loci heres quartam hereditatis non retinet, sed totam hereditatem restituit fideicommissario. Quo casu solus fideicommissarius tenetur, ut æri alieno sit obligatus, quod Senatusconsulto efficitur. Id autem ut intelligatur ita esse, observandum est, in specie illius loci heredem institutum rogatum esse, restituere hereditatem, deductis centum. Scire autem
oportet, quoties † jubetur heres hereditatem 7
restituere non deducta quarta parte hereditatis, sed una summa deducta, aut aliqua certa re singulari, toties omnes actiones in fideicommissarium transire, et eam partem, quæ apud heredem manet, sine ullo onere remanere, ut diserte in *d.* §. *si quis*, *Inst. h. t.* dictum est. Et redditur alia ratio manifesta, quia hoc casu jure singulari non heredi, sed legatario locus est; certi autem juris est, heredes omnibus legatariis non premi *L. ult. supr. de her. action. L. si hereditati, D. mandati.* Idem responsum esse volumus ad L. *ult. h. t.* ubi fideicommissarius solum legatum præstitit, sed ideo, quia proponitur tota hereditas illi restituta esse. Ad extremum scindi legata inter heredem et fideicommissarium, diserte scriptum est L. 1. §. *pen.* D. *eod.* Id quidem scriptum est in ea specie, cum heres jussus est dimidiam tantum hereditatis restituere. Sed quemadmodum heres dimidiam hereditatis retinens, dimidium legatorum præstare debet: sic quartam retinens legata præstare debet pro portione.

Ad L. si per. 3.

Impp. Carus, Carin. et Numerian. AAA. Zotico et aliis.

Si per fideicommissum hereditas reipublicæ relicta est: ex Trebellianico senatusconsulto (quod ab intestato quoque locum habet) quartæ partis et fructus ejus vobis restitutio competit: Sine die et consule.

SUMMARIA.

1. *Fideicommissum hereditatis etiam ab intestato ab heredibus legitimis relinqui potest.*
2. *Cuicunque hereditas ex fideicommisso restituenda est, adversus eum quarta ex senatusconsulto retineri potest.*
3. *Fideicommissarius, hereditate tota sibi restituta, heredi quartam, una cum fructibus restituere tenetur. et num.* 6.
4. *Discrimen inter partem hereditatis, quam heres fideicommissario restituere debet, et eam, quam fideicommissarius heredi restituit. Ejusdem ratio sub num.* 5.

1 HIC tria statuuntur, (1) Fideicommissum † hereditatis, etiam ab intestato ab heredibus legitimis relinqui posse, §. *præterea. Instit. eod.* L. *eam quam, supra,*
2 *de fideicommis:* (2) Cuicunque † hereditas ex fideicommisso restituenda est, non facere fideicommissarii ullam auctoritatem, prærogativam, aut favorem, quo minus adversus eum quarta retineri possit ex senatusconsulto, quod eodem modo constituitur, quo e converso placet quisquis est heres qui rogatus sit hereditatem restituere, nulla habita persona heredis, eum ex senatusconsulto teneri, ut hereditatem restituat, sive erit privatus, sive fiscus, sive respub. *L. recusare*, §. *fisco*, *D. eod.* Hoc ideo, quia senatusconsultum, quo de restitutione hereditatis, item quartæ retentione cautum est, de re scriptum est, non de personis; ut dicendum sit, in quibuscunque caussis eadem res sit, idest, restitutio hereditatis et quartæ retentio, in his idem jus statui debere ex senatusconsulto, neglecta personarum ratione, a quibus, aut quibus restituitur hereditas.

3 Hic † statuitur, notandum præcipue, si hereditas restituta fideicommissario tota sit, eum heredi restituere oportere quartam hereditatis, una cum quartæ fructibus, ut generaliter hoc statuendum sit, sic heredem quartam hereditatis habere debere, ut eam heres
4 habeat cum fructibus. In qua † parte notandum est discrimen inter eam partem hereditatis, quam heres restituere fideicommissario debet, puta dodrantem hereditatis, et inter eam partem, quam fideicommissarius hereditatem possidens heredi restituere debet, nempe quartam partem hereditatis ex Senatusconsulto. Nam heres sic dodrantem hereditatis ex senatusconsulto restituere debet fideicommissario, ut in hanc restitutionem solæ res hereditariæ veniant, fructus non veniant, sed heredis fiant; cum ab illo percepti sint post aditam hereditatem, et ante restitutionem fideicommissi, nisi aut fecerit moram in restituenda hereditate, aut nominatim fructus restituere rogatus sit L. *in fideic. in pr.* §. *quoties. D. ad Trebell.* Contra vero fideicommissarius si quo modo cœperit hereditatem totam possidere, quemadmodum ex senatusconsulto restituere debet heredi, sic debet et fructus ejus quartæ, ut hic. Cur hæc tam varie? Differentiæ † ratio est, quia heres 5
semel adita hereditate, statim efficitur dominus rerum hereditariarum, L. *heres in omne, de acq. her. L. cum heredes, in pr. D. de acq. pos.* Proinde et quartæ partis hereditatis dominus est citra controversiam, et quanvis hereditas pervenerit ad fideicommissarium, tamen heres semper dominus manet, ut fuerat. Certi autem juris est fructus ex re nostra perceptos, nostros esse. Itaque cum fideicommissarius fructus hereditarios percipit, quanvis ex re communi, in qua ipse dodrantem habet, heres quartam partem; tamen non pro majore parte fructus suos facere potest, quam pro qua res ad eum pertinet, L. *qui scit*, L. *Herennius de usuris.* At idem heres ante restitutam hereditatem non solum quartæ partis dominus est, sed etiam dodrantis, qui restitui debet, nec prius dominus esse desinit, quam transtulerit hereditatem in fideicommissarium; quod solum post restitutam here-

hereditatem contingit ex senatusconsulto, L. 1. *h. t.* Proinde qua ratione quartæ fructus semper sunt heredis, quia heres semper ejus dominus est: eadem ratione fructus dodrantis ante restitutam hereditatem ab herede percepti, fuerunt heredis, quia pro eo toto tempore heres dominus est totius hereditatis. Dodrans quidem etiam ante fideicommissario debetur, sed fructus ex re debita percepti non sunt ejus, cui res debetur. Et hoc amplius, nec restitui debent, nisi percepti sint post litem contestatam in strictis judiciis, aut post moram in bonæ fidei judicis, item in legatis et fideicommissis, L. 3. *in princ.* L. *videamus*, §. *si actionem*, *de usur.* L. *si*
6 *rem*, *de verb. obl.* Sed videri † potest falsum esse, quod dicitur, quartam partem heredi restituendam esse cum fructibus: nam hic proponitur heres restituisse fideicommissario reipsa. Quoties heres totam hereditatem restituit fideicommissario, quarta non retenta, non modo fructuum repetitionem sed etiam quartæ repetitionem amittit. Nam si sciens se rogatum esse restituere, et quartam retinere posse, nihilominus totam hereditatem restituit, quartam donat: si in jure errans, putavit quartam se retinere non posse, juris error ei non prodest ad repetendam quartam, quam solvit. L. *error*, *proxim. titulo seq. ad* L. *Falcid.* Dicendum est, hæc ita esse, si heres totam restituat hereditatem; sed fieri potest, ut restituerit hereditatem ita, ut diceret fideicommissario, se restituere pro dodrante, qui illi competit, quartam autem ad se velle pertinere: post quam restitutionem factum sit, ut fideicommissarius nihilominus totam hereditatem occuparit, non dolo aut fraude; sed ut res communes facilius administraret, cum res adhuc essent indivisæ, et ipse pro majore parte dominus esset rerum hereditariarum, quod cum fit, heredi quarta salva est, quam sua voluntate non remisit.

Ad L. Non justam. 4.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Quintianæ

Non justam te gerere solicitudinem per fideicommissum relictæ portionis hereditatis perspicimus, verentem, ne fructum amittas relicti fideicommissi, quoniam avia testatoris ex parte heres scripta, et tibi rogata restituere, calliditate ac fraude repudiavit, ut ad alium nepotem, eundemque coheredem devolvatur portio, a quo tibi nominatim non fuerat fideicommissum relictum, et coacta suspectam hereditatem adire, priusquam pro herede gereret, rebus sit humanis exempta: cum divo Antonino parenti nostro deberi etiam a substitutis fideicommissum contemplatione judicii testatoris, quasi tacite ab his repetitum jam dudum placuerit. Neque enim quartæ retentionem, quam illa, quæ repudiavit, hereditatem adire coacta, ut suspectam retinere non potuit, timere debes. S. VI. Id. Jul. Philippo. AA. Coss.

S U M M A R I A

1. *Species hujus legis.*
2. *Fideicommissaria, an, cum quæ rogata erat restituere, decedit non adita hereditate, et vel heredem habet neminem, vel non locupletem, fideicommissum amittat.*
3. *Fideicommissaria si partem ab avie sibi fideicommisso relictam a nepote et coherede aviæ petere potest, an totam petere possit, coherede ultro eam restituere parato.*

1 AViæ † cum essent duo nepotes, unus ex his testamento facto, aviam et fratrem suum alterum aviæ nepotem instituit, et si non heres esset avia, fratrem suum ei substituit, præterea aviam rogavit, ut portionem hereditatis restitueret Quintianæ Felicitæ. Quintiana fideicommissum ab avia defuncti petit. Illa adire non vult, sed repudiat hereditatem. Id eo consilio faciebat avia, ut ea portio hereditatis ad nepotem ejus, qui illi substitutus erat, ex substitutione perveniret, fraudata fideicommissaria. Nam si hereditatem adiisset avia, substitutio vulgaris evanuisset, neque ea pars unquam ad nepo-

tem pervenire potuisset ex testamento. L. *post aditam, supra, de impub. et alii substitution.* Cum avia perseveravit in ea repudiatione, vocata est in jus ad prætorem a Quintiana fideicommissaria, ibi per prætorem coacta est hereditatem adire, ut verba sunt hujus rescripti, quæ bene Accursius accepit, coactam esse verbis prætoris, ut adiret, idest, jussam esse adire: nam revera non adivit, ut postea in rescripto narratur. Ergo cum jussa esset adire, priusquam adiret, aut pro herede gereret, decessit: ita hereditas ex substitutione pervenit ad alterum coheredem nepotem ejus, et quidem necessario, cum prius ex portione sua nepos heres exstitisset.

2 Hic duo quæsita sunt. Primo † quærit Quintiana, quid se facere oporteat, et num fideicommissum amiserit, cum, quæ rogata erat restituere, decesserit non adita hereditate, et aut heredem habeat neminem, aut habeat heredem non locupletem. Hic respondent Imperatores, non debere Quintianam sollicitam esse de fideicommisso, quasi non possit ea adire, quæ defuncta sit: nam omissa avia et nepotibus ejus, posse Quintianam ab altero nepote aviæ, eodemque coherede aviæ repetere: quia ita jus constitutum sit, ut legata et fideicommissa ab herede defuncti relicta, etiam a substituto debeantur; cum portio instituti ad substitutum cum suo onere pertinere debeat L. *licet de leg.* 1. Idem dicendum esset, etiamsi nepos coheres aviæ substitutus non esset: nam portio aviæ deficientis accresceret nepoti coheredi ejus, qui suam partem adiisset, et quidem invito, L. *testamento, de impub. substit. L. qui ex duobus, §. ult. de acq. her.* Accresceret autem aut cum onere fideicommissi ex eadem constitutione, aut quia coheres conjunctus in deficiente portione coheredis quodammodo substitutus est, et jam etiam olim Justinianus hoc probavit adversus Juliani sententiam, ut exstat relatum in L. *si Titio et Mævio, §. 1. de legat.* 2. Quæ sententia confirmata est lege Justiniani, L. *unica, §. his ita, inf. de cad. toll.* Cum Juliano consensisse videtur Celsus: hujus sententia refertur alias L. *Celsus* 29. *de legat.* 2. ubi hæc sunt verba; si uni ex heredibus nominatim fideicommissum sit, videri potest fideicommissum non deberi, si is heres non exstiterit. Sed non idcirco hæc lex pugnat *cum d.* L. *si Titio, et Mævio, §. 1. de legat.* 2. Nam verum est, videri id posse, quod Celsus dicebat, sed subjiciendum est, quod Ulpian. in *d. L. si Tito et Mævio* subjicit, nempe videri id posse: sed post decretum Imperatorum existimari debere, accrescentem portionem debere accrescere cum suo onere, quasi coheres, cui accrescit portio, sit substitutus. Et ita est, ut fideicommissum ab avia relictum peti possit ab herede et coherede ejus, cui portio aviæ accrevit.

Quæritur, cur in proposito Quintiana fideicommissaria adeo laboraverit, ut avia hereditatem adire cogeretur, cum ea repudiante nihilominus fideicommissaria salvum fideicommissum haberet? Respondeo: Non potest dici Quintianæ hic quicquam interesse, si nepos coheres portionem suam adierit. Nec simile est exemplum, quod affertur ab Accursio ex L. *recusare, §. Titius, D. eod.* Nam ibi substitutus in totum non erat institutus. Sed ut Quintiana ita laborarit, multæ sunt caussæ. Primo ignorabat hoc jus, de quo hic rescribitur; nam si etiam mortua avia id ignoravit, multo magis ignorabat, dum avia adhuc viveret: unde hæc sollicitudo ex ignorantia hujus juris est nata. Deinde etiamsi Quintiana hoc jus tenuisset, tamen ejus intererat aviam cogi adire, quia non erat certa nepotem coheredem partem suam aditurum. Postremo etsi is quoque suam partem adiret, tamen intererat fideicommissariæ potius rem habere cum avia, quam cum nepote coherede, vel quod nepos litigiosus homo erat, vel quod nimium posset, vel quod inimicus esset.

Sequens † quæstio est, si fideicommissaria partem ab avia sibi fideicommisso relictam potest petere a nepote et coherede aviæ, an possit totam petere, si nepos ultro paratus sit eam restituere? Movet quæstionem Senatusconsultum, quo permissum est heredi rogato restituere hereditatem, retinere quartam, si volens hereditatem adeat, ut initio hujus tituli dictum est. Respondent Imperatores. Ne hac quidem in parte Quintianam sollicitat, esse debere de fideicommisso, quia non solum fideicommissum petere possit a nepote, sed etiam totum possit petere, hac ratione quia metui non debet, ne avia, quæ coacta est hereditatem adire, possit quartam retinere *L. deducta parte quarta, D. eod. §. sed si recusabat, Inst. eodem.* Sed videtur hæc sententia falsa esse, et oratio minime cohærens. Nam certi juris est, heredem rogatum restituere hereditatem, si volens hereditatem adierit, quartam retinere posse, §. *sed quia, Institut. eodem.* At nepos in proposito volens adierat hereditatem, ratio autem adjecta est aliena. Nam de nepote quæritur, an fideicommissum totum restituere debeat? Imperatores rationem reddunt de avia, quæ ratio 3

ad

ad rem nihil pertinet. Nam avia coacta est, sed nepos non est coactus. Respondeo, nihil rectius dici potest, neque magis ex sententia Senatusconsulti, quam quod hic rescriptum est. Verum enim est, nepotem hic volentem adiisse, sed fideicommissum ab eo non petitur ex persona ejus, sed persona aviæ, et in eo restituendo ex persona aviæ judicandum est: nam portio aviæ deficiens accrevit huic nepoti cum suo onere, ut supra dixi ex L. unica, §. *is ita*, *de cad. tollend. et L. si Titio et Mævio*, §. 1. *inf. de legat.* 2. At onus aviæ fuit non solum, ut fideicommissum restitueret, sed etiam, ut totum, quia coacta erat adire; proinde et hoc onus ad nepotem coheredem transit: unbe intelligitur Imp. recte reddidisse rationem ex persona aviæ, cum ex ejus persona de hoc fideicommisso judicaretur.

Huic §. adversari videtur L. *ille*, *a quo* §. 1. *in fi. D. eod.* ubi significatur, si rogatus heres restituere, decedat, antequam coactus sit hereditatem adire, fideicommissum non deberi, et in eo fraudari fideicommissarium. Resp. Quod dicitur illic de herede coacto adire, intelligitur ex illius legis interpretatione de eo, qui jussus est a prætore adire, et ita verbis prætoris coactus. Estque hic sensus. Si heres rogatus hereditatem restituere, neque hereditatem adiisset, nec verbis jussus est a prætore hereditatem adire, et interim decessit, sine dubio fideicommissum non deberi. Sed si heres jussus sit a prætore hereditatem adire, statim heres fideicommissario obligatur, et fideicommissum peti poterit, ad quemcunque heredem pervenerit ex hac lege.

Ad L. Et sine. 5.

Iidem AA. et CC. Verissimo.

Et sine scriptura per fideicommissum hereditas recte relinquitur. Igitur si uxor tua te et privignum suum in discrimine mortis constituta designavit velle successionem obtinere usque ad dodrantem: ejus voluntatem ratam servari convenit: cum ab intestato ei succedentes, de restituendo fideicommisso conventos ultra quartam, ære alieno deducto, quantum penes eos sententia senatusconsulti relinqui præcepit, tantum obtinere posse præstiterit. S. V. Kal. Maji. Sirmii. Cæs. Coss.

SUMMARIA.

1. *Quatuor in hoc rescripto notanda, et num.* 2. 3. 4.
5. *Interpunctio falsa hujus loci emendatur.*
6. *Heredes legitimi rogati restituere hereditatem, etiam quartam retinere possunt, non ex verbis senatusconsulti, sed ex sententia.*
7. *Legitimi heredes retinent quartam et restituunt dodrantem ære alieno ultra quartam deducto: declaratur num.* 8.

1 In hoc † rescripto hæc notanda sunt, quæ totidem constituuntur: fideicommissum et sine scriptura relinqui potest. Hoc apertius in L. *et in epistola*, *sup. de fideicommissis*.

2 Item † fideicommissum non tantum testamento ab heredibus, sed etiam intestato ab heredibus quibuslibet relinqui potest, codicillis, vel scripto, vel sine scripto, testatur *lex.* 5. *Codic. h. t.* §. *præterea*, *Inst. eod.*

3 Item † ut fideicommissum ab intestato ab heredibus legitimis debeatur, non est necesse heredes legitimos nominatim rogare, ut restituant: satis est, si testator indefinite ita dicat, se velle hereditatem ad illos, vel ad illas pertinere *L. eam quam*, *sup. de fideic.*
Postremo † cum heredes legitimi rogati sunt 4
hereditatem totam restituere, non minus et ipsi, quam scripti heredes quartam retinere possunt, ex sententia senatusconsulti, ita ut reliquum restituant deducto ære alieno, quod est ultra quartam. Hæc est sententia postremorum verborum.

Quo loco † diligenter animadvertendum 5
est, locum vulgo vitiose interpunctum esse, et proinde ne interpunctio falsas sententias efficiat, interpungendum ita esse: post verbum, *obtinere* debet interponi comma; post verba, *con-*

conventos, esse debet virgula. Est autem hæc sententia hujus loci: proponitur uxor quæ voluit hereditatem obtineri a suo marito et privigno. Respondent Impp. Etsi heredes legitimi rogati sint hereditatem totam restituere, tamen voluntas ejus servari non debet, nisi ad dodrantem usque; et rationem reddunt, cur ultra servari non debeat, quia inquiunt, constitit heredes legitimos de fideicommisso restituendo conventos tantum obtinere debere, quantum apud eos relinquit sententia senatusconsulti, præcipue autem relinqui quartam: proinde quartam legitimi retinere possunt, idque perfacile ære alieno ultra quartam deducto. Vulgaris interpunctio facit, ut proponatur, defunctum voluisse hereditatem a fideicommissariis suis retineri usque ad dodrantem, quæ sententia evidenter falsa est. Nam hoc casu quarta non retineretur ex sententia senatusconsulti, sed ex lege 12. tabularum, nempe ex aperto judicio testatoris. Deinde eadem interpunctio vulgaris facit, ut dicantur heredes legitimi conventi esse ultra quartam, quod et ipsum falsum est. Nam si dicuntur ultra quartam conveniri, hi convenientur de quarta et amplius. Nunc autem Impp. volunt eos conveniri tantum posse usque ad dodrantem. Interim ex his verbis notanda sunt duo ex hac posterio-
6 re sententia I. heredes † legitimos rogatos restituere hereditatem, etiam quartam retinere posse, non ex verbis senatusconsulti, sed ex sententia. Cur ex sententia duntaxat? Quia senatusconsultum scriptum est de heredibus institutis, non etiam de legitimis; sed placuit propter eandem rationem etiam jus idem transferri ad legitimos. *L. recusare*, §. 1. *D. eod.*

7 Alterum est, legitimos heredes † retinere quartam et restituere dodrantem, ære alieno ultra quartam deducto. Hoc si ita accipimus, ut cum dicitur in lege Falcidia, exquiri quantitatem patrimonii deducto prius ære alieno, ut est in L. *in imponenda*, *infra*, *proxim. seq. titul.* Instit. *de leg. Falcidia.* sententia aperte falsa est, et minime recipienda. Nam cum dicimus in lege Falcidia, ponenda, ex quo legata præstantur, ante deduci æs alienum, hoc significatur, heredem ante omnia deducere tantum, quantum sufficiet ad æs alienum creditoribus, et præterea id ita deducere, ut ipse retineat, quia heres solus est is, qui obligatur creditoribus. At cum de hereditate ex fideicommisso restituenda agitur, nihil tale facere heres potest, duabus de caussis: nam heres, qui legata præstat, etiam legatis dissolutis, solus est heres, ut merito æs alienum suo jure deductum habeat, et præterea solus tenetur creditoribus hereditariis *L. ult. Cod. de hered. act.* Ut sit æquissimum eum retinere de hereditate, unde solvat creditoribus ne cogatur dependere de suo, atque ita fraudetur quarta parte hereditatis. At cum agitur de hereditate ex fideicommisso restituenda, ideo heres retinere æs alienum non potest, quia non est solus heres, sed fideicommissarius usque ad dodrantem heredis loco habetur L. *postulante*, vers. *nam et quodammodo*, *D. h. t.* Deinde esset iniquissimum, heredem rogatum restituere hereditatem, deducere et retinere totum æs alienum, cum ipse æri alieno non obligetur. Nam in fideicommissarium actiones omnes transeunt ex senatusconsulto. *L. 1. D. h. t.* Denique ideo heres rogatus restituere hereditatem, æs alienum non deducit, quia scindi debet æs alienum inter heredem et fideicommissarium. Hoc nos dici intelligimus, cum dicuntur inter eos scindi actiones. §. *si quis una h. t.* Quod † igi- 8
tur hic dicitur, heredes legitimos conventos retinere quartam, ære alieno ultra quartam deducto, sic intelligere debemus: æs retinere quartam ære alieno deducto, idest, non retento, sed deducto de quarta, quam retinent, quoniam hoc æs alienum, quod ultra quartam est, transit in fideicommissarium, et æris alieni actiones.

Ad L.

Ad L. Jubemus. 6.

Imp. Zeno A. Dioscoro *Præfecto prætorio.*

Jubemus, quotiens pater vel mater filio seu filia, filiis vel filiabus, ex æquis vel in æquis partibus heredibus institutis, invicem seu simpliciter quosdam ex his, aut quendam rogaverit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditatis suæ superstiti, seu superstitibus restituere: ut omnibus modis retenta quarta pro auctoritate Trebelliani senatusconsulti, non per imputationem redituum (licet hoc testator rogaverit, vel jusserit) sed de ipsis rebus hereditariis dodrans restituatur. Idemque in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere jubemus, et si pater, vel mater filio, seu filia institutis (sicut supra dictum est) heredibus, rogaverit eos easve nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus suis, ac deinceps restituere hereditatem.

SUMMARIA.

1. *Species hujus legis.*
2. *In quartam Falcidiam imputantur omnia, quæ jure fideicommissario capiuntur.*
3. *Fructus pendente conditione fideicommissi percepti, item percepti ante diem fideicommissi cedentem jure fideicommissario percipiuntur.*
4. *Fructus hi an in Falcidiam imputentur.*

HIC jus constituitur de certa specie heredum rogatorum, et fideicommissorum, et in hac specie singularia duo hic constituuntur circa fideicommissarias hereditates, ex quibus prius constituitur *in pr.* alterum *in* §. 1. Cæterum ad pleniorem interpretationem juris propositi, pertinet species, de qua hic jus constituitur, quæ hæc est.
1 Cum † pater, aut mater filium, vel filiam heredem instituit, et rogat, ut si sine liberis decesserit filius, restituat hereditatem fratri suo superstiti, aut restituat filio suo, eidemque nepoti testatoris, et aliis deinceps liberis. Hæc species proponitur initio. In hac, ut dixi duo singularia constituuntur, prius pertinet ad quartæ retentionem, deque eo ita constituitur in principio, filium rogatum eodem modo restituere hereditatem, vel potius heredem filii mortui restituere hereditatem, ita ut quartam retinere possit: hoc commune cum cæteris heredibus rogatis hereditatem restituere: præterea fructus a vivo filio perceptos apud heredem filii manere, nec venire in fideicommissi restitutionem. Hoc quoque jus cum cæteris commune, quoniam hi fructus, qui pendente conditione fideicommissi, aut ante fideicommissi diem ab herede percipiuntur, judicio testatoris percipiuntur, idest, ideo, quia testator voluit eos heredis esse, L. *mulier*, §. *si heres*, *D. h. t.* Sed quod sequitur, singulare est et novum: nam heres filii rogati ita hos fructus a filio vivo perceptos retinet, ut etiam præcipuos sibi habeat, idest, in quartam non imputet, sed ex iis bonis, quæ fuerunt mortui testatoris, quartam amplius retinere potest; id vero est, quod hic constituitur, jus, ut dixi, novum et singulare.

Nam hoc jus commune est et exploratum, in † quartam Falcidiæ multoque magis in 2
quartam hereditatis, quæ ex senatusconsulto retinetur, imputari omnia, quæ jure fideicommissario capiuntur; ita ut si ea tantum efficiant, quanta est quarta, quæ retineri debet, nihil amplius deducat, *L. in quartam, ad L. Falcid.* Fructus † enim pendente con- 3
ditione fideicommissi percepti, item percepti ante diem fideicommissi cedentem, jure fideicommissario percipiuntur *d.* L. *mulier*, §. *si heres.* Unde generaliter traditur in *L. Papin.* §. *unde si quis*, *de inoff. testam.* hujusmodi † fructus sine exceptione in Falci- 4
diam imputari. Ob hanc caussam huic loco opponitur *d. L. Papin.* §. *unde si quis.* Nam non tantum in hoc loco superior definitio generaliter traditur, sed traditur in persona filiorum et heredum institutorum et rogatorum hereditatem post certum tempus restituere, quæ species est contra L. *jubemus.* Nam in *d.* §. *unde si quis*, agitur de his heredibus rogatis, qui de inofficioso potuerunt queri, hi enim sunt liberi, quibus quar-

ta non relinquitur testamento. Si hæc *lex jubemus*, esset Justiniani una ex 50. ejus decisionibus, sine hæsitatione diceremus, hac constitutione Justiniani dictam L. Papiniani emendari: Nunc autem hæc lex Zenonis non Justiniani est, et in his Legibus quæ sunt in Digest. et Codic. Justinianus vetat quicquam sic accipi, ut sit contrarium *L.* 2. §. *contraria*, *Cod. de vet. jur. enucleand.* hinc difficultas nata ab interpretibus. Ad hanc quæstionem dissolvendam dicendum est, jus generale et commune esse, fructus pendente conditione perceptos ab herede rogato restituere hereditatem imputari in quartam, quam ex senatusconsulto retinere debet: sed ex hoc jure speciem hic propositam, cum filius institutus est et rogatus restituere fratri, vel liberis suis. Neque ideo est contraria L. *Papinian.* §. *unde si quis*, *de inoffic. testam.* alioqui etiam contrarium dicere oporteret, *L. in quartam*, *D. ad L. Falcid. d.* L. *mulier*, §. *si heres*, *D. eod.* Non sunt vero hi loci contrarii, quia generaliter scripti sunt de his fructibus in quartam imputandis, sine exceptione heredis et fideicommissi, quibus hereditas restitui debet. Sic jus est, priores leges ad posteriores trahi debere, L. *non est novum*, *et L. sequent. D. de legib.* Sensus est, quod in prioribus legibus generaliter scriptum est, si quid in posterioribus excipitur in aliqua specie, quæque ejus generis sit; priores accipi debent, quasi de cæteris tantum speciebus sentirent, non de ea specie, quæ postea est excepta, quasi posteriores sese ad priores retulissent, et hoc est, quod aliis verbis dicitur: in toto jure generi per speciem derogatur, L. *in toto, de reg. jur.* Quod ait lex, si pater rogatus sit restituere hereditatem filio suo post mortem suam retinere quartam ex Lege Falcidia, videri possit contrarium. *L. cum filiusfam.* vers. *denique de legat.* 1. ubi dicitur, pater si rogatus sit post mortem restituere hereditatem filio suo, hereditatem restituet totam, nec quartam ex Lege Falcidia retinebit. Sed dissimiles species utroque loco proponuntur: nam illic filiusfamilias institutus erat heres; et quia per filiumfamilias hereditas patri ejus quærebatur jure veteri, ideo rogatus est pater eam hereditatem restituere filio, cum pater moreretur. In hac autem lege pater ipse heres institutus est, et rogatus restituere hereditatem filio.

Differentiæ ratio inter has species hæc est, quia cum pater ipse heres est institutus, quartam retinet ex persona sua, quod facere potest ex senatusconsulto. At in specie *d.* L. *cum filiusfam.* ubi pater institutus non est, quartam retinet ex persona filii, qui heres institutus erat. Non potest autem idem filius et hereditatem ex fideicommisso consequi, et quartam retinere, proinde nec pater, aut patris heres, quia quarta ex persona filii retinetur.

Notandum est *in pr. Leg.* portionem L. Falcidiæ, quæ in extremo dicitur, eandem esse portionem, quam appellaverat quartam, quæ retinetur ex auctoritate Trebelliani: ut intelligamus, cum heres rogatus est restituere hereditatem, quartam quæ ab eo ex hereditate fideicommissaria retinetur, dici retineri ex senatusconsulto, et nihilominus recte ex Lege Falcidia. Et ita est usus juris auctorum, ut hanc ipsam quartam, quæ vulgo Trebellianica vocatur, vocent quartam Legis Falcidiæ, sive quæ ex Lege Falcidia retinetur. Id liquet *ex* §. *ult. hujus* L. idem tum ex aliis locis innumeris, tum ex his præcipue, dicta *L. mulier*, §. *si heres*, *L. ita tamen*, §. *Trebell. D. eod.* L. *Titia D. ad* L. *Falcid.* L. *coheredi*, §. *cum filia*, *D. de vulgar.* Utriusque appellationis hæc ratio est. Dicitur hæc quarta retineri ex senatusconsulto; quia hæc senatusconsulto primum introducta est in hereditatibus fideicommissariis, et tamen nihilominus esse dicitur ex Lege Falcidia, quia hæc ex senatusconsulto ita introducta est, ut sit nominatim introducta ex sententia ejus legis, *ut est in* §. *Quia heredes.*

Ad §.

Ad §. In supradictis.

In supradictis autem casibus, fideicommissorum servandorum satisdationem cessare jubemus, si non specialiter eandem satisdationem testator exigi disposuerit, et cum pater, vel mater secundis existimant nuptiis non abstinendum. In his enim duobus casibus, idest, cum testator specialiter satisdari voluerit, vel cum secundis se pater, vel mater matrimoniis junxerit, necesse est, ut eadem satisdatio pro legum ordine præbeatur.

SUMMARIA.

1. *Satisdare quid.*
2. *Satisdatio an ab herede legatorum et fideicommissorum nomine exigatur.*

HIC alterum singulare et novum constituitur in specie suprascripta, circa satisdationem fideicommissi: nam in ea specie, quæ initio est posita, vetatur fideicommissarius, sive is sit frater filii instituti sive sint liberi heredis instituti, exigere satisdationem ab herede instituto et rogato instituere hereditatem. Singulare, inquam, hoc jus est: nam jus commune id est, ut heres legatorum et fideicommissorum nomine satisdet legatariis et fideicommissariis postulantibus satisdari, idest, stipulantibus legatariis et fideicommissariis promittere, se quibus diebus legata, aut fideicommissa relicta sunt, iisdem diebus legata et fideicommissa restituturum, et in hereditate tuenda a se dolum abfuturum malum, cui cautioni etiam heres fidejussores
1 adjicere debuit. Id enim satisdare † significat cavere stipulanti fidejussoribus datis, L. 1. *qui satisdar. cog.* De hac enim satisdatione scriptum est *L. 1. D. ut legator.* Huic cautioni locus etiam fuit in fideicommissis hereditatibus, neque iis tantum, quæ pure essent relictæ, sed iis etiam, quæ in diem, aut sub conditionem relictæ essent, L. *hæc stipulatio*, *D. ut legator.*
2 Quomodo † ergo id jus non potest huic legi videri contrarium, cum hic constituatur in specie proposita ejusmodi satisdationem ab herede non exigi? Respondeo, quod supra dixi a principio, ideo jus commune huic parti contrarium non videri debere; quia generaliter scriptum est de satisdatione exigenda. Hoc enim loco species una ex genere excipitur: qua exceptione fit, ut quod in lege generaliter est scriptum, videatur cum hac ipsa exceptione esse scriptum: quia priores leges ad posteriores ita sint trahendæ. Sed excipiuntur hoc loco duo casus, quibus fideicommissarius satisdationem ab herede filio instituto possit exigere in specie proposita: si videlicet testator nominatim jusserit, ut filius nominatus satisdaret: item si filius rogatus secundas nuptias contraxerit: ergo his casibus et frater a fratre rogato, et liberi a patre instituto, satisdationem hujus fideicommissi nomine exigere possunt: quæ sententia in totum videri falsa potest, hac ratione; quia nemo audiendus sit, qui solicitus est de hereditate viventis, quod is facit, qui de ea hereditate sibi caveri postulat, *L. 2. §. interdum, de vulg.* Respondeo fideicommissarium, cum de ea hereditate, quæ ei restitui debet ex fideicommisso, sibi postulat caveri ab herede, qui rogatus est restituere, non sollicitum esse de hereditate viventis, sed de mortui testatoris hereditate agere, quam hereditatem heres rogatus est restituere.

Rursum si minus falsa hæc sententia est in aliis fideicommissariis, at saltem falsa est in liberis filii heredis instituti, quibus filius rogatus est restituere hereditatem. Nam si hi liberi sunt in potestate patris rogati, frustra postulant a patre stipulationem, cum inter patrem et filium, qui in potestate est, obligatio nulla possit subsistere; §. *hi, qui in parentum. Institut. de obligat. quæ ex delict.* Unde in hac ipsa quæstione de satisdatione fideicommissaria exigenda, diserte scriptum *L. Imperator, D. ad Trebell.* hujusmodi cautionem frustra postulari a patre, manente patria potestate. Facilis et expedita res esset, si hæc constitutio lata esset post constitutionem Justiniani, nempe post L. *cum oportet. et L. ult. infr. de bon. quæ lib.* quibus LL. proprietas adventitiorum bonorum filiisfamilias attributa est, post quas constitutiones inter patrem et filium obligatio et actio consistere potest de proprietate adven-

venditiorum, quemadmodum olim poterat consistere de bonis castrensibus, *L. is nulla*, *D. de judic.* Sed ad eas constitutiones confugere non possumus, quia hæc constitutio Zenonis eo tempore est lata, quo etiam adventitia patri in totum acquirebantur, præterquam et certis quibusdam casibus, et paucis, ut apparet ex legibus, quæ sunt usque ad *L. cum oportet*, *infra*, *de bon. quæ lib.* Itaque etiam objectio adhuc manet.

Respondeo, secundum constitutiones Justiniani novas rem esse expeditam, ut filius a patre satisdationem recte exigat de adventitiis, cum ea filio acquirantur. Quod vero ad tempora Zenonis attinuit, dicendum est, hanc conditionem hic debuisse accipi ut nepos a patre rogato satisdationem possit exigere, quo casu sui juris esset: nam si esset in ejus potestate, jure communi uti debuit ex *d.* L. *Impp. ad Trebell.*

Ad §. Sin autem.

Sin autem is, qui fideicommissaria restitutione gravatus est, uno filio superstite, vel nepote ex filio, seu filia nato, vel pronepote, vel postumo relicto decesserit: non videtur extitisse conditio: et ideo deficit fideicommissi petitio.

SUMMARIA.

1. *Quis videatur liberis relictis decessisse secundum conditionem.*
2. *An videatur liberis relictis decessisse, qui decessit non uno filio superstite, sed nepote, qui natus sit ex filia.*

CUM in proposita specie filius rogatus sit restituere hereditatem, si sine liberis decesserit: consequens est, si sine liberis non decederet, deficere restitutionem: proinde et fideicommissum intercidere, quod et eveniret, etiamsi de liberis nihil dictum esset, sed simpliciter jussus esset restituere post mortem suam; quia placet semper eandem conditionem intelligi, si sine liberis decesserit, *L. cum apertiss. supr. de fideicom.* L. *cum onus*, *de cond. et demonst.* Hinc
1 quæritur, † quis videatur liberis relictis decessisse secundum conditionem. Et primum an videatur decessisse liberis relictis, qui decessit uno filio relicto? Et placet videri hoc loco. Idque est, quod dicitur in *L. non est sine liberis*, *de verb. sig.* non esse sine liberis, cui unus filius, aut una filia est. Objicitur pluralis numerus, cum dicitur, *liberis*, qui numerus cum minimum duos exigit, L. *ubi de testib.* Respond. hoc ita est, nisi aliud usus linguæ observet. Nam uti linguæ cujusque est usus, ita testator sensisse intelligitur, L. *si servus*, §. *ult. de legat.* 1. Nunc autem Latini *liberos* plurali numero dicunt, non ut plures significarent, sed quia necesse habent plurali numero uti, cum singulari careant. Idem fieri videmus in his verbis; *pugillares et codicilli*, in quibus pugillares dicimus, etiamsi sit unus libellus; codicillos, etiamsi sit unicum exemplum scripturæ, idque est, quod significatur, in *d. L. non est*, *de verb. signif.*

Deinde quæsitum est, an videatur † de- 2
cessisse liberis relictis, qui decessit non uno filio superstite, sed nepote, qui natus sit ex filia? Cujus dubii caussa est; quia qui ex filiabus nascuntur, non sunt in potestate avorum, sed in alienam familiam transeunt. Et placet liberorum appellatione omnes contineri, qui descendunt ex nobis, sive ex masculini sexus personis, seu ex fœminini, L. *liberorum*, L. *cognoscere*, §. *ult. de verb. sig.* Hinc est, quod hic dicitur et aliis locis, non videri decessisse sine liberis, qui etiam nepotem, quanvis ex filia natum, habeat. Idem in L. 2. est const. Just.

Ad §.

Ad §. ult.

Illud etiam admonemus, ea, quæ de Falcidiæ portione non per reditus, sed per ipsas res hereditarias retinenda et de satisdatione fideicommissorum (sicut supra dictum est) concedenda diximus, non ulterius, quam in his personis et casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci. PP. Kalend. Septemb. Constantinop. Probino et Eusebio Coss.

SUMMARIUM.

1. *An a nepote satisdatio fideicommissi nomine exigi possit, et interim fructus ab eodem percepti in quartam imputari debeant?*

QUod de fructibus pendente conditione ab herede perceptis in quartam non imputandis: item quod de satisdatione ab herede rogato non exigenda, supra constitutum est, Zeno hoc loco nolle se locum habere dicit in aliis personis heredum, aut fideicommissariorum, item in aliis casibus, seu conditionibus locum habere, quam in suprascriptis. Quod ideo cavet, ne quod de una dicitur persona, aut in uno genere conditionis, ad alias personas, aliasve conditiones transferamus, in quibus eadem sit ratio, quod secundum regulam juris alioqui fieri oportebat. L. *non possunt*, *et L. seq. de legib. L. illud*, *ad* L. *Aquil.* Hinc colligimus, si testator, quanvis alium ex liberis heredem instituat, quam filium, puta si avus nepotem instituat heredem, quanvis roget nepotem, hereditatem fratri suo restituere, aut
1 alicui ex liberis suis; tamen † et a nepote satisdationem fideicommissi nomine exigi posse, et interim fructus ab eodem perceptos in quartam debere computari, uti jus fuit antiquum.

Huic loco de fructuum imputatione opponitur, L. *quod bonis*, §. *avus*, *D. ad* L. *Falcid.* ubi nepos ab avo institutus et rogatus post mortem suam restituere hereditatem, non imputat in quartam fructus medio tempore perceptos. Respond. Id fit in ea specie qua nepos fructus alios imputabat in debitum, quod ei ab avo debebatur, ut ibi nominatim scriptum est. Non potest eosdem fructus in duas res diversas simul imputare. Nam cum in unam prius imputabit, deinde habetur, quasi fructus non percepisset. Idem dicemus, si filius heres institutus rogatus sit, si sine liberis decesserit, restituere hereditatem aliis, quam liberis, aut fratribus suis. Quin imo etsi filius heres institutus rogatus sit restituere hereditatem fratri suo, vel liberis suis, sub alia quavis conditione, quam si sine liberis decederet: dicemus ex hoc loco, et satisdationem ab eo exigi posse, et fructus ab eo perceptos in quartam imputatum iri. Quo loco opponetur nobis superior regula, de qua dixi, nempe in quibus caussis eadem est ratio, ibidem idem jus statui debere. Responsio facilis est, hoc enim ita intelligendum est, nisi legislatori aliud placuisse nominatim constet: nam in voluntate certa non est opus conjecturis. Et quanvis nihil hic nominatim a Zenone cautum sit, nec jus ab eo constitutum ad alias caussas, aut conditiones transferatur; tamen intelligere debemus, id non transferri debere, quanvis eadem sit ratio; quia quod supra constitutum est, jus est singulare, et contra regulam juris: quod jus ejusmodi est, ad consequentias deduci non debet. *L. quod vero*, *et* L. *seq. de legib.*

Ad Auth. *Nisi rogati.*

Nisi rogati restituere datum dotis caussa vel propter nuptias donationis, vel relictum sub conditione nuptiarum vel liberorum, monasterium vel alium locum venerabilem ingrediantur: sive restitutio aut substitutio fiat sub prædictis conditionibus, sive in redemptionem captivorum, seu in egentium alimenta.

SUMMARIA.

1. *Quidquid rogatus quis est restituere sub conditione, non suscepturum, non contracturum, toties licite rogato contempta conditione monasterium ingredi, et datum sine fraude secum retinere.*
2. *Datio dotis caussa conditionem habet*, si nuptiæ sequantur.
3. *Conditiones in testamentis, quæ contra bonos mores sunt, pro non adjectis habentur.*

Supra constitutum est in initio L. *jubemus*, si filius rogatus sit hereditatem restituere, si sine liberis decederet, exsistente conditione fideicommissum deberi, sic tamen, ut quarta retineri possit: hic in hoc fragmento adjicitur exceptio; nisi is, qui sub ea conditione restituere rogatus est, monasterium, aut cœnobium ingrediatur, et ibi
1 cœlibem vitam agat, et † generaliter constituitur quicquid rogatus, aut jussus est quis restituere sub conditione, supple, *non suscepturum*, vel sub conditione, rursus supple, *non contractarum*, toties licere rogato, contempta conditione monasterium ingredi, idque si fecerit, posse datum et relictum sine fraude secum retinere. Intelligitur enim quis rogatus esse sub hac conditione, alias aperte, alias tacite: quomodo aperte, ex verbis notum est: id enim continetur in specie, de qua quæritur in L. *jubemus supra.* Tacite autem id agi intelligitur, cum quid datur
2 dotis caussa. Nam hæc † datio conditionem habet, si nuptiæ sequantur, L. *plerunque*, §. *si ante*, *L. stipulat. D. de jur. dot.* Idque ideo, quia dos sua natura sine matrimonio esse non potest. *L.* 1. 2. 3. *de jur. dot.* Proinde cum ejusmodi datum detur ob caussam, ut nuptiæ sequantur: consequens est, caussa non secuta, conditionem non competere ob caussam dati, *tit. D. de cond. caussa data, caussa non secuta.* Ejusdem generis est, quod donatur propter nuptias: nam et hoc eandem conditionem habet, si nuptiæ sequantur, §. *est et aliud*, *Inst. de donat.* Idcirco et id ob caussam datum intelligitur, qua non secuta, eadem conditio est, ut datum restituatur, si videlicet nuptiæ non sequantur.

Sed huic constitutioni opponitur voluntas testatoris: nam ex verbis manifestum est, testatorem voluisse restitui hereditatem, si heres rogatus sine liberis decesserit. Hac conditione exsistente omnia jura clamant voluntatem testatoris esse servandam. Sic in L. 12. tabul. *L. verbis legis, de verb. sig.* Confirmatur nominatim ab eodem Justiniano, *in Novel. de nupt.* §. *disponat.* ubi his verbis utitur, *statuat testator*, *et erit lex.* Hujus enim juris ratio et æquitas ostenditur supra in *L.* 1. *de sacrosanct. eccles.* Ad hoc diluendum Accursius et plerique alii hac usi sunt exceptione, quod dicerent, heredem rogatum, qui monasterium ingressus est, videri filium genuisse, nempe monasterium, ut sic jure dici possit conditionem fideicommissi defecisse, quod bene a Bartolo notatum est, et est absurdum. Nemo enim dicitur gignere eum locum, in quo est, et in quo alitur, sed potius ab eo gigni, quomodo patriam nostram, parentem omnium nostrum dicimus. Ratio hujus conditionis ea est, quam Justinianus in Novell. unde hoc fragmentum sumptum est, reddidit. Voluit enim fideicommissum restitui non debere, quasi irrita conditione facta, ut intelligamus hoc casu rejici conditionem, *si sine liberis decesserit.*

Sed tamen amplius quærimus hic, cur hanc conditionem rejecit contra voluntatem testatoris. Hic enim eadem dubitatio relinquitur. Respondeo: hoc ex errore illorum temporum natum est. Nam jam tum invaluerat in ecclesia hæc de Deo opinio, ut vitam monasticam cum cœlibatu conjunctam existimarent cœlestem, tanquam coxtemplationi soli deditam, usque adeo: ut fastigium pietatis in ea vita collocarent, ut intelligere pos-

su-

sumus ex epistola Basil. Mag. ad Grego. Nazianzen. Quam recte, nostro sæculo Dei beneficio intellectum est. Et cum in eo de cultu Dei agatur, et re ad pietatem pertinente, quid ex eo sequendum sit, ex verbo Dei judicandum est. *Constat autem nihil verbo Dei* (*) *tam contrarium esse, quam vitam monasticam et solam, etiam eorum, qui optimi inter monachos habiti sunt.* Cæterum hac opinione posita, quam sup. dixi, consequens fuit ut rejiceretur hæc conditio, *si heres sine liberis, aut nuptiis decesserit*, tanquam quæ esset contra bonos mores, quatenus præmio hereditatis proposito invitabatur heres ad repudiandum propositum tam sanctum vitæ monasticæ suscipiendum. Perinde est igitur, quasi ita diceretur a Justiniano: quod jubetur restitui sub conditione, si is, qui accepit, sine liberis, aut nuptiis decessit, sub contraria conditione ei datum intelligitur, si nuptias contraxerit, si liberos susceperit, *L. aliquando D. de cond. et demon.* Hæc enim conditio dati, *si quis nuptias contraxerit, aut si liberos susceperit*, est contra bonos mores in eo, qui vitam monasticam elegerit, ob eam, quam sup. dixi caussam.

Placet igitur eam hoc casu rejici debere.
3 Certi juris est enim, † conditiones in testamentis, quæ contra bonos mores sunt, pro non adjectis haberi, L. *conditiones*, *contra*, *de cond. instit.* In contractibus autem eodem numero habentur caussæ impossibiles, propter quas aliquid datum est, veluti si pecunia sit data, ut nuptiæ sequantur. Si quid donatum sit propter nuptias, *L. dictam sup. de condit. ob causs. dat.* Caussa enim, quæ contra bonos mores est, impossibilis est. L. *filius*, *de cond. inst.* Sed hic Justinianus adjecit exceptionem. Quod enim dicitur, *quod quis rogatus esset restituere hereditatem, si sine liberis decesserit, aut sine nuptiis, fideicommissum non deberi, si is, quod rogatus est, monasterium ingrediatur:* hoc ita esse placet, nisi rogatus sit sub ea conditione restituere, in redemptionem captivorum, aut in alimenta pauperum. Nam hæc caussa, quæ pietatis caussam habet, conjuncta cum voluntate defuncti, prævalet. Hæc exceptio est *in Novell. de santiss. epis.* §. *sed et hoc præsenti in fin.* Unde monendi sumus, in hac *Auth. nisi*, vitiose legi hæc verba extrema, *sive in redemptionem captivorum*, nam pro *sive* legendum est *nisi*. Hic enim non continetur definitio præsens, sed ejus definitionis exceptio subjicitur, nempe ea, quam modo diximus.

Ad Auth.

(*) Fatetur Donellus a D. Basilii usque temporibus eam de Monastica vita invaluisse in Catholica Ecclesia opinionem, (quæ erat utique illi debita atque honestissima) ut tale Monachorum institutum SS. Ecclesiæ Patres uno ore omnes cœleste vivendi genus ducerent et atque appellarent sanctitatis fastigium. Sed ipse utpote Calvini erroribus addictus non dubitat deliri atque seditiosi hominis somnia veteri omnium Doctorum Ecclesiæ, Patrumque traditioni anteponere; et quod non irrisione dignum, sed lacrymis, hac in re valde sibi placet, et eo temeritatis et stultitiæ pervenit, ut novam quasi lucem a Calvino Catholicæ Doctrinæ perduelli velit obortam, quæ fulgidissimæ videlicet Christi atque Apostolorum doctrinæ, atque inde natæ veterum Ecclesiæ patrum traditioni tenebras obducat: quis non miretur ingentem hominis confidentiam? Sed ne forte putet sibi verba dari lector, dum hæc sine ullo teste affirmamus, consulat Emin. Bellarmin. *Controv. Gem. de Membr. Eccl. lib. 2. de Monach. cap. 5. et seq.* qui Monachorum institutum ab Apostolorum tempore obtinuisse in Ecclesia, meritoque habitum fuisse ex omni Ætate sanctissimum ostendit, ubi et ejus antiquitatem, et sanctitatem ab omnibus Lutheri, Melanchtonis, et Calvini contumeliis atque calumniis vindicat.

Ad Auth. *Contra.*

Contra cum rogatus fuerit quis ut sine liberis decedens, quod tunc ex hereditate superest, restituat, vel aliis hujusmodi fideicommissi verbis gravatus: quartam institutionis fideicommissario restituere cogitur. Super hoc igitur et cautionem, nisi a defuncto remissa sit, exponit. Quod si contingat eam deminui: aut ex ipsius substantia suppletur, aut ea deficiente, in rem actione et hypotecaria fideicommissario uti permittitur adversus rerum acceptores. Ex caussa tamen dotis, seu propter nuptias donationis, seu captivorum redemptionis, vel si non habeat, unde faciat expensas, hujus quartæ permittitur deminutio.

SUMMARIA.

1. *Heres an possit ex judicio defuncti alienare, et consumere quodlibet ex hereditate.*
2. *Quid juris, si heres non tantum dodrantem, sed etiam quartam consumat.*
3. *Quid si nihil alienaverit, nihilque consumpserit ex hereditate, utrum eo mortuo heres ejus dodrantem retinere, et suo arbitrio consumere possit, ut tantum quartam consumere cogatur.*

HAC authentica nihil plane corrigitur in L. *jubemus,* qui hæc authentica subjecta est; sed declarat, quid intersit, utrum heres institutus rogetur simpliciter hereditatem restituere, an vero rogetur restituere, quod ex hereditate supererit, cum decet. Et hoc est, quod significatur hoc verbo, *contra,* quod sic accipiendum est, quasi diceretur: cum heres rogatus est restituere hereditatem *si sine liberis decesserit*, de hereditate suo arbitrio nihil imminuere potest, sed restituens cogitur dodrantem restituere, quartum retinere potest. Contra diversum erit, cum rogatus sit restituere decedens id, quod ex hereditate supererit. De quo quid hic constituatur, ut possit intelligi, sciendum est, fuisse veterem quæstionem in hoc genere fi-
1 deicommissi, an heres † his verbis rogatus possit ex judicio defuncti alienare et consumere quidlibet ex hereditate, ut si quid ex ea supersit, id restituat; si nihil, nihil debeatur, id quod verbis fideicommissi videtur effici, cum ita dicit: *restituat, quod ex hereditate supererit.* Hæc verba, *si quid supererit*; conditionem habent. L. 5. *de legat.* 1. Hæc autem conditio, *si quid supersit, restituat* contrariam conditionem tacitam habet: *si nihil supererit, neutiquam restitua.* L. si quis, §. 2. *D. de cond. et dem.* L. 1. *D. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* Et hoc non aliter esse, et M. Antonino et Papiniano visum est, qui tamen ut in hac fideicommissi specie bonam fidem heredis contineri, ita constituerunt heredi licere hereditatem imminuere prout liberet, nisi intervertendi fideicommissi caussa id probaretur factum. L. *Titius, D. eod.* Sed hoc jus incertius visum est Justiniano contra idipsum, de quo quærebatur, et ideo visum est illi consultum esse, hac de re, idest de potestate imminuendi res hereditarias certi aliquid constituere, quod fecit *Novell. de restit.* cujus summa descripta est in *Auth. contra.*

Sic vero de eo constituit: qui rogatus est restituere decedens quod ex hereditate supererit, jure suo de dodrante hereditatis statuere pro arbitrio potest, ut vel alienet, vel consumat, prout volet, ut omnibus justis dominis in re sua agere licet: quartam reliquam attingere non potest, sed integram fideicommissario servare cogitur; quamobrem etiam hujus quartæ nomine satisdatio ab herede vivo exigi potest, nisi testator vetuerit nominatim exigi. Quid si filius heres nominatim a patre institutus, rogatus sit restituere, si sine liberis decedat, id quod ex hereditate supererit; sed restituat fratri, aut liberis suis, an etiam hoc casu, hujus quartæ nomine satisdare debebit? Verba constitutionis generalia sunt, nullas enim personas heredum excepit: ut videri possit in specie hac corrigere L. *jubemus*, §. 1. *sup. hic.* ubi satisdatio a filio herede instituto et rogato restituere hereditatem fratri, per liberos exigi prohibetur. Sed dicendum est hanc Authenticam, et constitutionem Justiniani ad eam speciem L. *jubemus*, non pertinere. Quanvis enim hæc constitutio Justiniani generalis sit,

po-

potius quam L. *jubemus;* tamen semper hanc regulam tenere oportet, posteriores leges ad priores trahi, nisi nominatim sint contrariæ. L. *sed et posteriores*, *D. de legib.* Sensus est: posteriores leges, nisi nominatim prioribus derogent, non videri prioribus derogare, sed cum exceptione priorum intelligendas esse, de qua re supra ad L. *jubemus.* dictum.

2 Quid si heres † in specie proposita non tantum dodrantem, sed etiam quartam consumat? Placet eum de suis bonis sarcire debere, si habet: si non habet, datur fideicommissario ad hujus quartæ persecutionem et rei vindicatio, et hypothecaria actio, quas actiones diversis de rebus dari intelligendum est. Datur vindicatio de rebus hereditariis, quia conditione fideicommissi existente, et restituta hereditate fideicommissarius rerum hereditariarum dominus est effectus. At hypothecaria iisdem de rebus non competit: nam hypothecaria pignora persequitur. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Nulli autem res sua pignori teneri potest. L. *neque pignora*, *D. de reg. jur.* Sed datur hæc actio de rebus heredis, quæ sunt alienæ, de quo diximus sup. ad *L.* 1. 2. *com. de leg.* Sic tamen prohibetur hic quarta ab herede imminui, ut quatuor in caussis etiam ejus imminutio concedatur. Nam primum, si heres dotem filiæ constituere velit, et nihil habeat in bonis, unde dotem hanc constituere, aut restituere possit; licet quarta etiam reliqua hereditatis in hac constitutione et restitutione dotis uti. idem ei licet facere, si donationem propter nuptias caussa mortis velit constituere filiæ nomine, aut cum mulier esset rogata, ut soluto matrimonio donationem propter nuptias restituere debeat, et non habeat, unde hæc præstet. Sed horum utrumque conceditur sub conditione, si heres non habeat in suis facultatibus unde dotem hanc, aut donationem propter nuptias præstet: quod si habebit, de suo præstabit, non de quarta; ut nominatim in his duobus casibus cautum est *Novel.* Justin. Potest et hanc quartam consumere in redemptionem captivorum, quod illi facere conceditur, sine ulla exceptione, sive habeat quid in bonis, sive non habeat, ut apparet legenti Novel. Justin. Si nihil horum est, etiam permittitur heredi quartam consumere, si nihil habeat aliud, unde vivat. Cæterum his caussis exceptis, non permittitur ei quartam hereditatis attingere, dodrantem autem pro arbitrio consumere conceditur.

3 Quod si † heres bonam fidem secutus nihil alienaverit, nihil consumpserit ex hereditate, utrum eo mortuo heres ejus, dodrantem retinere potest, et suo arbitrio consumere, ut tantum quartam restituere cogatur? Nos ita tenebimus, ubi de hereditate nihil est imminutum, heredem heredis rogati nihil amplius ex hereditate retinere posse præter quartam, dodrantem autem restituere cogendum esse. Idque Senatusconsulto efficitur, §. *sed quia*, *Inst. eod.* L. *jubemus*, *supr. h. t.* Hoc amplius ita statuemus; si heres rogatus, dum viveret, tantum ex fructibus hereditariis percepit, quantum ad quartam hereditatis sufficeret, eos fructus in quartam imputari, et ita totam hereditatem restitui debere, quarta exclusa, uti jus antiquum fuit. L. *Papin.* §. *unde si quis*, *D. h. t.* L. *mulier*, 1. *resp.* §. *si heres*, *D. eod.* L. *in quartam*, *D. ad L. Falcid.* Hæc ita sunt ex voluntate defuncti, qui hereditatem restitui volet, ut mutari non possit, nisi adversus voluntatem testatoris aperte faciamus. Nam verba fideicommissi sunt manifesta; jubet testator heredem suum restituere, quod ex hereditate supererit: omnia supersunt ex hereditate, quia nihil consumptum est, ut fingimus, necesse est igitur secundum voluntatem hanc omnia restitui. Et quoniam Senatusconsultum potestatem facit quartæ retinendæ, ideo heres rogatus, aut eo mortuo, heres ejus quartam retinere ex Senatusconsulto poterit, sed nihil amplius. Hæc ex jure veteri sunt rata; necesse est igitur eadem nunc manere etiam, nisi posterioribus constitutionibus Justiniani vel aliorum Imperatorum mutata sint et aperte mutata. Tenenda enim semper est hæc regula: quicquid ex jure veteri correctum non est, id veteris juris regulis esse relinquendum. L. *præcipimus*, *in fin. infr. de appell.* At superiori juri posteriores nullæ leges adversantur. In primis non obstat Justiniani Novella *de restit.* unde hæc Authentica est desumpta; quia Justinianus lata ea Novella permittit heredi, qui ita, ut supra scriptum est, rogatus est restituere, consumere ex hereditate, quantum velit, dummodo quartam non attingat, et in ea potestatem ei facit dodrantis non restituendi, sed ita, si dodrantem cousumpserit. Nihil autem addidit, quod retinere heres deberet, aut posset, ubi nihil consumpsit. Proinde ubi nihil consumptum est, jus erit antiquum juxta regulam suprascriptam.

Non obstat hæc authentica, ubi dicitur: eum heredem, de quo agitur, vel successorem cogi restituere quartam. Hoc enim non ita dicitur, quasi solam quartam restituere semper debeat; sed quia interdum non cogitur amplius restituere, videlicet si cætera here-

hereditatis consumpserit: quod auctor hujus authenticæ aliter sensit; quia ex Novella Justiniani non colligitur ita: præterquam vero, quod ex verbis Justiniani id non colligitur, etiam minime colligitur, omnium ex sententia Justiniani. Nam multis locis Justinianus est testatus in supremis testantium voluntatibus, sibi hoc unum curæ essse, ut serventur supremæ voluntates, *L.* 1. 2. *in fin. supr. com. de leg.* et aliis locis innumeris. Idem ipse in specie proposita in dicta *Novell. de rest.* §. *pen. in fin.* §. testatur, se id agere, ut in hac quoque specie voluntas testatoris servetur. Ait enim, si testator vetuit satisdationem quartæ exigi, se non pati, ut ea exigatur; quin si exigatur, non sit ejus, qui conservat voluntatem testatoris: quasi hoc absurdum putet non conservare. Atqui jam dixi et manifestum est, cum nihil ex hereditate consumptum est, voluntatem testatoris esse, ut quicquid ex hereditate supererit, restituat. Ergo et secundum sententiam Justiniani restitui debet, quo defuncti voluntas conservetur. Non obstat *L. quanquam, infr. ad* L. *Falcid.* ubi scribitur, quemadmodum heres, a quo legata supra dodrantem relicta sunt, retinere quartam potest ex L. Falcidia. Ita etsi decesserit, heredem ejus, quanvis legitimum, eodem beneficio uti posse, ex quo Accursius perverse colligit, sententiam hanc generalem: quod heredi rogato aliquid præstare, conceditur in eo quod rogatus est, id etiam successori ejus concedi. Quæ definitio, neque ex eo loco colligitur, et per se aperte est falsa, ita ut nihil magis.

Nam ne longius abeamus, id liquet ex proposito exemplo. Heres institutus rogatus est, si sine liberis decesserit, restituere hereditatem Titio. Certum est heredem, dum vivit, retinere posse hereditatem. At eo mortuo heres ejus statim restituere jubetur, L. *jubemus sup. h. t.* Similiter in proposito est dicendum; heres restituere rogatus est, quicquid eo mortuo ex hereditate supererit: poterit is heres dodrantem consumere, si volet, ex constitut. Justiniani. Sed si non consumpserit heres ejus, restituere cogetur; quia ex hereditate defuncti id superest. Quid igitur ad speciem *d.* L. *quanquam*, dicimus? Respondeo, res expedita est: quicquid heredi rogato conceditur, id et successori ejus concedendum est, nisi voluntas testatoris refragetur, et ejusmodi sit voluntas, quam leges tueantur, ut dixi in persona ejus heredis, qui moriens est rogatus. Nam vivus retinere potest secundum voluntatem defuncti: ipso mortuo heres ejus non potest: quia testatoris voluntas refragatur jubentis tunc restitui hereditatem. Idem fit, cum heres rogatur restituere, quod ex hereditate supererit. Nam voluntas defuncti viventi potestatem facit consumendi pro arbitrio usque ad dodrantem, ut Justinianus voluntatem est interpretatus: at heres ejus non potest idem facere; quia voluntas testatoris jubet eum heredem restituere, quod ex hereditate supererit.

Ad L.

Ad L. sancimus. penult.

Imp. Justinianus A. Juliano *Præfecto prætorio.*

Sancimus, licentiam esse etiam soli tutori recte fieri fideicommissi nomine universitatis restitutionem, quod pupillo relictum est, et sine onere fidejussionis: ubi tamen pupillus fari non possit, vel abesse nascitur: ne dum nimia subtilitate utimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur. Idemque juris esse oportet, et si furioso fideicommissaria debeatur hereditas: ut restitutio curatori ejus soli nomine scilicet furiosi celebretur. Quis enim sensus quæ vox certa furioso esse intelligitur, cum in utroque casu restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem: hoc eodem observando, et si ipsi pupilli, vel furiosi restitutione gravati sunt.

SUMMARIA.

1. *Pupillo et furioso quomodo recte restituatur hereditas, ut in eos actiones transferantur ex Senatusconsulto.*
2. *An soli tutori hereditas possit restitui, ut iis casibus pupillo acquiratur, et an in pupillum actiones transeant.*
3. *Heres cum restituit hereditatem tutori, an ea restitutione liberetur, an vero caveri ei debeat cum fidejussoribus datis a tutore, heredem indemnem esse futurum.*
4. *Pupillus si heres institutus, et restituere hereditatem rogatus, quis, et quomodo restituat.*

Rogatus est heres restituere hereditatem
1 pupillo, rogatus est restituere † furioso: in his personis quæritur, quomodo hic recte restituatur hereditas, ut in eos actiones transferantur ex Senatusconsulto? Movet quæstionem personarum conditio; quia non restituitur hereditas, nisi consensu fideicommissarii. L. *restituta, D. eod.* Et præterea valde iniquum est, quenquam invitum, aut ignorantem restituere obligari. L. *qui in aliena, in pr. de acquir. hered.* Porro infans pupillus consentire non potest: furiosus nullo modo: per tutores autem et curatores solos obligari hos, nihil continetur hic. Hinc quæritur, quid in his personis sit facto opus ad restitutionem hereditatis, et translationem actionis? De pupillo primum dicemus. Ipsi pupillo, si major est 7. annis, recte hereditas restituitur: nam ea ætate sentire aliquid et velle existimatur, sed tutoris oportet accedat auctoritas, *L. restituta, §. 1. D. h. t.* Ratio hujus rei redditur in *Institutionib. de auctor. tut.* Sed fieri potest, ut pupillus sit infans, cujus nulla voluntas: fieri potest, ut pupillus major infante absit. Hic duo quæsita sunt, de quibus jus novum constituitur
2 hic. I. Quæritur, † an soli tutori hereditas possit restitui, ut iis casibus pupillo acquiratur, et an in pupillum actiones transeant? Et placet soli tutori his casibus recte restitui, in quo intelligimus recedi a jure veteri, quo etiam continetur factum infantis, L. *servi, §. si pupillo, D. h. t.* Hoc ideo constitutum est, quia necessitas et utilitas pupillorum hoc exigit: nam revera infans consentire non potest, ut valde ineptum sit, ei tanquam consentienti adhiberi tutoris auctoritatem. Huc regula pertinet: etsi nihil facile ex solemnibus sit mutandum, id est ex solemni communi usitato jure; tamen ubi evidens ratio postulat, subveniendum est, L. *pen. D. de in integ. rest.* L. *etsi, de reg. jur.* Deinde quæritur, quid pertineat ad liberationem heredis restituentis fideicommissum, an † is, cum restituerit hereditatem 3
tutori, ea restitutione plene liberetur? an vero, quia non plene liberatur, debeat ei caveri cum fideijussoribus datis a tutore heredem indemnem esse futurum? Et constituitur hoc loco, restitutionem hanc sine ullo damno et periculo heredis processuram, et ob id nullam satisdationem eo nomine a tutore exigi posse: in quo rursum jus novum a Justiniano est constitutum. Recessit enim ab eo jure, quod prius ipse constituit *L. sancimus, de restit. milit. et* L. *constitutionem, sup. de administr. tutor.* Quibus constitutionibus cautum est, quod pupillo datur, id neque tutori, neque pupillo tutore auctore recte solvi, ut debitor plene; et sine ullo

ullo metu liberetur, nisi auctoritate judicis id debitor fecerit, qui passus sit se in jus vocari, et vocatur jussu judicis solius, vel tutoris vel pupilli. Justinianus quosdam excepit casus, quibus adjicere debemus casum loci hujus, nempe cum de restituenda pupillo fideicommissaria hereditate agitur. Eadem dicenda sunt, inquit Justinianus, in curatore furiosi. Hoc sic est intelligendum, ut sint eadem, quod attinet ad facultatem restituendæ hereditatis curatori, et ad liberationem heredis restituentis. Cæterum multum interest ad vim acquisitæ hereditatis. Nam cum tutori pupilli restituta est hereditas, sic hereditas acquiritur pupillo, ut etiam eo mortuo intra pubertatem transferatur hereditas ad heredes ejus. *L. si infanti*, *sup. de jur. delib.* At cum hereditas restituitur curatori furiosi, quandiu furiosus vivit, retineri potest hereditas; sed si is in eodem furore decesserit, perinde erit, quasi hereditas non esset quæsita *L. ult.* §. *tali itaque*, *sup. de cur. furios.* Hæc dicta sunt de pupillo et furioso, quibus heres rogatus est restituere hereditatem. Quid e converso † si pupillus heres institutus sit, et rogatus hereditatem restituere, quis et quomodo restituet? Hic rescriptum est, et hic eadem esse dicenda. Id habet hanc sententiam: si pupillus et fari potest et præsens est, ipse restituet hereditatem, sed tutore auctore, *L. restituta*, §. 1. *D. h. t.* quod si autem infans est et aberit, tutor solus recte restituet, idemque in curatore furiosi dicendum est, ut curator solus recte restituat. Sed hoc ita est, nisi pupillus rogatus sit hereditatem restituere ipsi tutori. Nam hoc casu ipse sibi tutor restituere non potest, quia non habet, quod restituat, ut jura et actiones transeant. Nam hæ actiones sunt penes pupillum heredem, non tutorem. Pupillus igitur eas restituet, non tutor. Rursus pupillus restituere tutori non potest: non enim potest quicquam a se dimittere et alienare, sine tutoris auctoritate, *Inst. de auctor. tut. L. obligari*, *D. de auctor. tut.* Porro tutor in rem suam auctor fieri non potest. *L.* 1. *de auctor tutor.* sic fit, ut ejus voluntate, et auctoritate restitui ei hereditas non possit dicta *L. restituta*, §. 1. Et ideo aut alius tutor quærendus est, qui pupillo auctor sit, aut judex adeundus est, cujus auctoritate restituat pupillus hereditatem, argumento L. *si infanti*, *sup. de jur. delib.*

4

Sed hic occurritur. Nam constat tutorem solum, si quod ei pupillus debeat, posse sibi solvere. *L. quoties*, 9. §. *si quid D. de administr. tut.* Cur ergo et non potest fideicommissarius sibi a pupillo debitum solvere restituendo? Quia solutio, de qua dicitur in *d. L. quoties*, §. *si quid*, intelligitur naturalis solutio pecuniæ, ut solutionis verbum significat, L. *solutam*, *D. de solut.* perspicuum est autem multum interesse inter corpora pecuniæ, et actiones incorporales. Corpora pecuniæ a tutore corpore sumi possunt, eaque in rem suam potest tutor convertere natura. At actiones naturales sunt tantum in pupillo herede, quas secundum naturam tangere, et tractare tutor nequit: solum ex animo consistunt, sic animo et voluntate transferuntur, voluntate, inquam, ejus, in quo subsistunt actiones.

Ad §.

Ad §. 1.

Cum autem aliquis hereditatem restituere jussus est, et dolo malo, vel post litem contestatam, vel ante sese contumaciter celaverit: vel si suppositus fideicommissariæ restitutioni, antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est, nullo herede vel successore ei existente: vel fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas, alii per fideicommissum restituere jussus fuerit res hereditarias: quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur, et Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit. Sancimus itaque, ut sive per contumaciam abfuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte præventus nullo relicto successore fuerit, sive a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari jussa est: ipso jure utiles actiones transferantur. Dat. X. Kalend. Novemb. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Hereditas fideicommissaria, quando et quomodo acquiratur fideicommissario.*

HIC locus ostendit in universum, quando
1 † et quomodo hereditas fideicommissaria acquiratur fideicommissario. De eo ita statutum est: tunc demum hereditatem acquiri fideicommissario, cum ab herede rogato restituta est. Proinde acquiri restitutione, non aliter. Id ex hoc loco intelligitur hoc modo. Nam cum hic dicitur in casibus tantum certis hereditatem fideicommisario acquiri ipso jure, hoc ipso confirmatur non acquiri extra hos casus, non acquiri, nisi tunc cum ab herede est restituta. Hæc autem sententia satis intellecta est ex Senatusconsulto L. 1. *D. h. t.* Nam eo Senatusconsulto cautum est, ei et in eum dari actiones, cui fideicommissum restitutum erit, sive ut est in §. *restituta*, *Inst. eod.* cui ex fideicommisso restituta erit hereditas, his verbis: *cui hereditas restituta est.* Conditio hæc confirmatur, si ei fideicommissum, aut hereditas sit restituta. *L. Stichum.* 6. *de legat.* 1. Inde dictum est, si heres, priusquam adiret et restitueret hereditatem, decesserit, intercidere fideicommissum, *L. ille a quo*, *D. eod.* Nam herede mortuo neque ipse, qui non est, eam restituet, neque heres ejus hereditatem eam adire potest; quia hereditas non adita non transmittitur ad successores heredis, *L. unica*, §. *in novissimo*, *inf. de cad. toll.* Sed tamen justis de caussis interdum placet hereditatem fideicommissario etiam ipso jure acquiri, et ipso jure transire in eum actiones: quo verbo hæc constitutio utitur in fine, *ipso jure valet*, juris potestate sine ullo facto, aut opera fideicommissarii, idest, sine ulla restitutione, et susceptione hereditatis: quomodo hoc verbum usurpatur, cum dicimus suis heredibus hereditatem ipso jure acquiri. Hoc enim significatur, suis heredibus etiam ignorantibus et invitis acquiri, sine ulla actione hereditatis, aut pro herede gestione. §. *fin. Inst. de hered. quæ ab intestato.* Ut autem ita transferatur hereditas et actiones, tribus in casibus receptum est, de quibus hic est constitutum.

I. Casus: si heres conventus judicio, ut hereditatem restitueret, dolo malo se celaverit, aut post litem contestatam, vel ante. Exigit constitutio, ut se celaverit contumaciter. Id ita fieri intelligitur, non si semel conventus non venerit in jus, sed si tribus denuntiationibus evocatus, aut una, quam prætor etiam dixerat pro omnibus, præsentiam sui facere contemnit, sic enim definitur contumacia in *L. contumacia*, *D. de re judic.* Exigit constitutio, ut se dolo malo celarit: ex quo intelligimus, aut ipsi heredi coram esse denuntiandum, aut probandum, significatum illi fuisse a domesticis, apud quos vocatio in jus facta est. Notandum est autem non exigi, ut heres pronuntiatus sit a magistratu se celasse, sed solum ut se celaverit: ex quo colligitur, nulla sententia judicis hac in re opus esse, ad declarandam contumaciam heredis vocati, sed satis esse probari, eum rite vocatum contempsisse. Sed quomodo id probabitur? Respond. ex actis judicis sui tribunalis; nam in his perscribitur petitio fideicommissarii, jussus magistratus jubentis heredem vocari et adesse, voca-

tio apparitoris, et contemptus heredis, qui declaratur ad condictum diem non venisse.

II. Casus si heres rogatus ante restitutam hereditatem decesserit sine ullo herede, quod sic intelligitur: si decesserit, prius adita hereditate, ita ut de ea solum restituenda ageretur. Nam alioqui, qui non adita hereditate decesserit, facit, ut intercidat fideicommissum, ut initio dixi ex L. *ille a quo*, §. 1. *in fin. D. eod.* Sed quomodo probabitur heres decessisse sine herede, cum possent esse innumerabiles heredes, qui lateant? Respondeo, hoc ipso probatur, quod nulli heredes exstent, et ideo si fideicommissarius mortuo herede rogato putet, heredem sine herede decessisse, potest tuto convenire hereditarios debitores, quod dicat actiones hereditarias in se ipsum jure transisse, quia heres sine herede decesserit: nam si debitores dicent ei esse aliquem heredem, qui dicunt, probare debent, *L.* 2. *de probat.* si non probant, nulla probatio a fideicommissario est exigenda. Quia hæc oratio; *heredem decessisse sine ullo herede relicto*, negatio est facti. Factum autem negantis per rerum naturam nulla est probatio, ut est in L. *actor*, *sup. de probat.*

III. Casus, si heres rogatus sit restituere hereditatem Primo, et is Primus rogatus sit restituere eandem hereditatem Secundo. Placet hoc casu, si Primo restituta sit hereditas, statim sine ulla alia restitutione actiones transire in fideicommissarium Secundum, si pure restituitur hereditas: aut si restitui debeat sub conditione, tunc transire, cum conditio exstiterit. Huic casui similis est, ac prope idem, qui refertur in *L.* 1. §. *sed et quoties*, *D. eod.* cum videlicet heres rogatus est restituere hereditatem duobus, uni partem pure, alteri partem sub conditione, et postulante eo, cui pure relicta erat, heres hereditatem adiit, et totam ei restituit. Placet enim condititione alterius partis postea exsistente, statim postea actiones transire in eum fideicommissarium, cui sub conditione pars relicta erat. Sed cur id receptum est potius in persona fideicommissarii, quam in persona heredis instituti, idest, cur potius ab herede exigimus, ut hereditatem restituat, quam exigimus a fideicommissario Primo, ut, eam Secundo fideicommissario restituat? Respondeo, ubi heres non restituit, nemo est, qui restituat, et ubi semel fideicommissario Primo restituit, videtur sub persona ejus, et Primo et Secundo restituisse, quasi Primus et sua, et fideicommissarii gratia acceperit. Hic opponitur *L.* 3. §. *de illo D. eod.* ubi in eadem specie dicitur Primus fideicommissarius restituendo transferre actiones in Secundum. Respondeo, restituendo transfert, si vult: si non vult, nihilominus ipso jure transeunt actiones in fideicommissarium. Quod si Ulpianus aliud sensit, in §. *de illo*, sciendum eum locum hac constitutione emendari, quæ est ex 50. decisionibus Justiniani. Ut sunt tres hi casus hoc loco constituti, in quibus sine ulla restitutione hereditatis transeunt in fideicommissarium; ita non plures casus occurrunt, quibus actiones transeunt. Postremo obstat *L. ult.* §. *sin autem*, *sup. commun. de legat.* ubi si heres sub conditione rogatus hereditatem restituere, pendente conditione abalienarit res hereditarias: placet conditione exsistente dominium rerum hereditariarum ad ipsum fideicommissarium ipso jure pertinere. Hoc ita intelligendum est, si prius restituta erit fideicommissario hereditas: restituitur autem hereditas, ut dixi in initio hujus tit. non si singulæ res hereditariæ restituantur, sed si dicat heres, se restituere hereditatem, etiamsi nulla restituat corpora, *L. restituta*, *D. eod.* Regulariter igitur oportet hereditatem, de qua nunc agitur, restituere, non est necesse restitui res singulas, ut illic scriptum est.

Non obstat *L. ita tamen*, §. *si pater*, *D. h. t.* ubi filio suo herede instituto, et rogato restituere hereditatem, dicuntur, actiones transire in fideicommissarium, quanvis filius se non immiscuerit hereditati. Adjicit eo loco, quod ad responsionem pertinet. Sic enim dicuntur actiones transire, si filius hereditatem restituat; restituendo igitur hereditatem, actiones transfert. Sed non est necesse, ut se immisceat hereditati, ad hoc, ut restituere possit. Optima ratione; quia sui heredes ipso jure heredes sunt, sine ulla aditione et immixtione, §. *sui*, *Inst. de hered. quæ ab intest.* Hoc loco non importune quæritur, quando de duobus fideicommissariis agitur, quorum prior secundo rogatur restituere hereditatem, an prior fideicommissarius itidem retinere quartam possit ex Senatusconsulto, ut potuit heres prius rogatus. Dixerit aliquis eum statim posse ex sententia Senatusconsulti: nam constat ex Senatusconsulto heredem omnem rogatum hereditatem restituere, possse quartam retinere, ut ex singulis per L. Falcidiam conceditur. §. *sed quia heres*, *Inst. eod.* Diximus autem fideicommissarios, quibus hereditas restituitur, heredis loco esse, *L. postulante*, §. *ultim. D. eod.* Proinde quod juris

est

est in heredibus, idem et in fideicommissariis statuendum, ut et sic restituta hereditate tota possint quartam retinere. Sed hoc non est ita: alioqui duæ quartæ aliquando auferentur postremo legatario, quod est contra sententiam Senatusconsulti, quod unam quartam retineri voluit. Proinde de ea re sic est statuendum.

Cum heres institutus rogatus est restituere hereditatem Primo, et restituit, Primus autem item rogatus est restituere hereditatem Secundo, et quæritur, an Primus fideicommissarius quartam possit retinere? Dicendum est, si heres institutus prius quartam retinuit, nunquam fideicommissarium Primum quartam retinere posse, sed quod accepit, totum restituere cogendum. Quia ab herede retentum est, quemadmodum Senatusconsultum voluit eum una quarta uti. Quod si heres rogatus restituere Primo fideicommissario, totam hereditatem restituit nulla quarta retenta, interest, utrum ideo non tenuerit quartam; quia coactus hereditatem adiit, et restituit: an vero; quia volens quartam non retinuit. Si coactus hereditatem adiit, et ideo nihil retinuit, Primus fideicommissarius suo jure quartam retinebit, L. *Marcellus*. *L. facta*, §. *si cum suspectam*, *D. eod.* Sin autem heres volens non retinuit quartam, perinde non habebit, quasi retinuisset, et eam remisisset Secundo fideicommissario. Proinde fideicommissarius Primus eam non habebit, præterquam si heres Primi fideicommissarii gratia non retinuit, ut scilicet liberalitatem in eum exerceret; quia vellet eum quartam retinere, *L.* 1. §. *inde Neratius*, *D. eod.*

Ad L. ult. Quidam.

Idem A. Joanni *Præfecto prætorio.*

Quidam testamento condito jussit heredem omnem hereditatem, quam ei dereliquit, alii restituere: speciale etiam fideicommissum alteri adscripsit, et quærebatur, specialis fideicommissarius, id quod ei derelictum est, a quo consequi debeat: utrumne ab herede, ut post restitutionem ejus alias res universitatis fideicommissarius accipiat: an una cum aliis rebus oporteat et hoc generali fideicommissario aggregari, ut ipse speciali fideicommissario hoc tradat, sive in rebus, sive in pecuniis fideicommissum relictum sit. Sancimus itaque, totam quidem substantiam secundum Senatusconsulti Trebelliani auctoritatem restitui generali fideicommissario, illum autem speciali fideicommissario, id quod ei derelictum est, dependere. Dat. XV. Kalend. Novemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis, VV. CC. anno secundo.

SUMMARIA.

1. *Heres rogatus restituere hereditatem, si totam restituere vult, non tenetur legatariis, aut fideicommissariis, quibus quid simpliciter legatum, vel fideicommissum est.*
2. *An idem tribuendum sit heredi, nondum restituta ab eo hereditate.*

1 Heres † rogatus hereditatem restituere, si totam restituere vult, non tenetur legatariis, aut fideicommissariis, quibus quid simpliciter legatum, aut fideicommissum est. Hoc jus constat ex Senatusconsulto, si jam restituta hereditate legatarii, aut fideicommissarii cum herede agant. Nam ex Senatusconsulto transeunt actiones in fideicommissarium.
2 Sed quæstio est; an idem tribuendum sit † heredi, nondum restituta ab eo hereditate, de qua re jus constituitur. Idem nimirum tribuendum esse heredi, etiam antequam hereditatem restituat, si paratus sit totam restituere, in quo jus aliquod novum constitutum videtur. Nam ex Senatusconsulto non transeunt actiones in fideicommissarium, actiones dico æris alieni et legatorum nisi restituta hereditate. Ante restitutam autem hereditatem actiones penes heredes manent, ut his actionibus heredes teneantur. Sed Justinianus hoc loco voluit, perinde esse, ac si heres restituisset hereditatem, quam restitue-

re

re paratus est: proinde fideicommissarii legatarium convenient, non heredem.

Adjicitur *h. L.* fideicommissarium a legatariis solum conveniri, et heredem totam hereditatem restituere, cui sententiæ Senatusconsultum adversatur. Nam quanvis heres nominatim sit rogatus hereditatem totam restituere, tamen quartam ex Senatusconsulto retinere semper potest, §. *sed quia heredes*, *Inst.* Et quanvis testator vetuerit quartam retinere, nihil agit, quoniam conventionibus privatorum juri publico non potest derogari. L. *quod bonis*, §. 1. *ad L. Falcid.* Dicendum est, si heres in specie proposita velit quartam retinere, id ei facere licere: sed intelligendum est de eo herede agi, qui sua sponte voluntatem defuncti secutus, totam hereditatem restituit; in quo dubitari poterat, an possit a se rejicere onera hereditaria pro ea parte, quam remittit. Et hoc loco cavetur posse, quod et Senatusconsulto Trebelliano efficiebatur, sed moveri potuit dubitatio Senatusconsulto Pegasiano quod quartam retineri voluit. *Ad* L.

AD TITULUM XLIX.

COD. AD L. FALCIDIAM.

SUMMARIA.

1. *Brevis superiorum titulorum anacephalæosis, et tripartita hujus legis partitio. et num.* 2.
3. *Primum legis caput liberam legandi potestatem usque ad dodrantem concedit.*
4. *Secundum cavet, ne ultra dodrantem legare liceat.*
5. *Tertium cavet, ut legata, quatenus dodrantem excedunt, eatenus ipso jure imminuantur. Ejusdem exceptio. num.* 6.
7. *Dodrans patrimonii quomodo et ex quo tempore æstimandus sit.*

1 SUperioribus † titulis *de legat. et fideicom.* Item *commun. de leg.* et aliis aliquot locis conjunctis, jus constitutum est: quæcunque legata, aut fideicommissa sint, valere, dum eo modo, quo oportet, et quibus oportet, et quas res oportet, legatum sit. Hoc totum cum hac exceptione intelligendum est, dummodo non legetur ultra dodrantem patrimonii; nam ultra legare non licet, et quod ultra est, pro legato non habetur. De qua re hic agitur. Id autem L. Falcidia effectum est. Lex Falcidia plebiscitum est: lata est enim a C. Falcidio, Tribuno plebis, Augusti temporibus, Dion *in Aug.* Euseb. *in Chron.* Refertur ex Isidoro in canone quædam distinctio: ejus legis complures clausulæ referuntur in L. 1. *D. eod.* quæ totidem capita legis faciunt, si verba
2 spectemus. Quod si rem et sententiam † L. spectabimus, summa ejus legis tribus capitibus continebitur.

3 Primum † caput L. liberam legandi potestatem dat, usque ad dodrantem, abrogatis contrariis legibus, *L.* 1. *statim, in pr. D. eod.* Statim occurrit nobis quæstio, quid opus fuerit hac parte L. cum de ea potestate etiam abunde cautum esset L. 12. tabularum, his verbis; Uti quisque legassit, etc. L. *verbis L. D. de verb. sig.* Respondeo: Nihil hac lege Falcidia opus fuisse, si a lege 12. tabularum in hac re recessum non esset. Sed facultas legandi ea lege constituta, imminuta erat L. Furia et L. Voconia, quæ leges commemorantur *in pr. tit. de L. Falcid. in Instit.* de quibus est apud Theophilum. De L. Furia est *in fragmentis Ulpiani, Inst.* Ergo adversus has leges hæc Lex Falcidia veterem facultatem legandi restituit. Et quoniam huic parti adversari poterant præcedentes leges, adjectum est in hac parte, quod ad eas leges abrogandas pertineret. Nam cum L. Furia caveretur, ne liceret cuiquam donare aut legare caussa mortis supra mille asses, ut Ulpianus refert: et præterea si quis amplius cepisset, ejus quod amplius cepisset, quadrupli pœnam restitueret: cautum est Lege Falcidia, ut quanta pecunia cuiquam legata erit, eam pecuniam sine fraude tunc capere liceat. In his verbis: *Ex quibus quid ita datum, etc. sine fraude sua etc. sine ullo delicto*: et per consequens sine ullo damno pœnave sua omni, quæ prioribus legibus constituta esset. Rursum cum Lege Voconia caveretur, ne legatarius plus haberet, quam heres, atque ita fieret, ut si cui legatum esset amplius, quam heres haberet, id, quod amplius, heres præstare non cogeretur. Huic quoque parti alia clausula Legis Falcidiæ occursum est, ad eandem potestatem legandi pertinente, qua clausula est jussus, ut heres, qui dare jussus damnatusve est, id, quod dare condemnatur, ipse habeat. Quas clausulas apparet ad abrogandas LL. priores pertinere. Ita ad hanc facultatem legandi, pertinent 3. clausulæ L. Falcid. nempe 1. 3. 4. Secundum caput † 4
legis cavet, ne ultra dodrantem legare liceat, sed hactenus, ut non minus, quam quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant. Id effectum est secunda clausula ejus legis. Et hic modus est, qui dicitur in Lege Falcidia legatis esse impositus, *Instit. eod. tit. in princ.* Modus, idest, moderatio ad quam usque legare liceret.

Tertium caput † totum prætermissum est, 5
L. 1. *D. h. t.* Hoc autem capite si supra dodrantem patrimonii quid legatum erit, lex cavet, quid velit fieri de legatis. Cavet autem; ut quatenus legata dodrantem excedunt, eatenus de singulis pro rata portione detrahatur, et ipso jure imminuantur, ut declara-

ra-

ratur in L. *in quantitate* 73. §. *ult. D. eod.*
6 Addita est † exceptio eodem capite. Nam Lege Falcidia non minuuntur hæc; Dos uxori legata: Item res uxoris caussa emptæ, paratæ, quæ ei legatæ sunt, *L. si ususfr. D.*
7 *eod.* Præterea † eodem capite cautum est, hujus patrimonii dodrantem lege hac vere accipi in ea quantitate quæ æstimatur tempore mortis. Nam res docet, aliam quantitatem esse solere patrimonii, cum testator moritur, aliam, cum heres adit, aliam cum legata præstantur. Nam res quæ defuncti fuerunt, possunt interire vel incendiis, vel bello, vel aliis casibus; contra quoque augeri multis partibus possunt, ut permagni referat, ex quo tempore æstimemus patrimonium. Ob hanc caussam cautum est, ut in exquirenda quantitate patrimonii, ad hoc, ut sciatur, an supra dodrantem ejus patrimonii legatum sit, mortis testatoris tempus spectetur, *d. L. in quantitate*, *in pr. D. eod.* Præterea ut æstimetur patrimonium deducto ære alieno, funeris impensa, et pretiis servorum manumissorum de quo dicitur in *d. L. in quantitate.* Sic ergo dicendum est; usque ad patrimonii dodrantem legare licet, supra dodrantem non licet ex L. Falcidia. Si supra dodrantem legatum erit, quatenus legata dodrantem excedent, eatenus legata ipso jure per legem minuuntur. Utrum supra dodrantem legatum sit, nec ne, ita constabit, si contributis in unum legatis, et his, quæ præterea haberi debent: deinde ex altera parte æstimato pretio harum rerum, summas inter se conferemus, ut videamus an legatorum summa dodrantem patrimonii excedat. In æstimando patrimonio observandum est; non ex quovis tempore æstimari, puta aditæ hereditatis, aut eo tempore, quo legata præstantur, sed tempore mortis testatoris. Et hanc computationem patrimonii fieri, deducto prius ære alieno defuncti, funeris impensa, et pretiis servorum testam en manumissorum.

Ad L. Scire debes. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Prisco.

Scire debes, omissa Falcidia, quo pleniorem fidem restituendæ portionis exhiberes, non videri plus debito solutum esse. PP. III. Id. Maji, Laterano et Rufino Coss.

SUMMARIA.

1. *Si heres sciens supra dodrantem legatum esse, contempto L. Falcidia beneficio, integra legata præstet, an, quod ex eadem* L. *debebatur, repetere possit.*
2. *An quod ultra dodrantem solutum est, tanquam debitum, an vero tanquam indebitum datum sit.*
3. *Quæstionis hujus ratio.*

Si supra dodrantem legatum sit, quatenus legatum dodrantem excedit, tantum heres de legato retinere potest. Quid †
1 si heres sciens supra dodrantem legatum esse, omittet Falcidiam consulto, id est contempto jure, quod habet ex lege Falcidia, integra legata præstet, voluntatem defuncti bona fide secutus: an poterit, quod ex lege Falcidia debebatur, repetere? Et certum est, eum repetere non posse, sive id, quod dodrantem excedebat, debitum fuerit ab herede, seu indebitum. Nam debitum solutum citra controversiam repeti non potest. Indebitum autem ab eo, qui sciebat se non debere, datum, non intelligitur solutum, sed donatum. Donati nulla repetitio est, L. 1. *D. de condict. indeb. L. cujus per errorem*, *de reg. jur.* Etsi hoc ita sit, tamen hic amplius quæritur, an † id quod ultra dodrantem solutum est, tanquam debitum solutum, an vero tanquam indebitum datum sit. Et respondetur hoc loco quod amplius, quam per L. Falcidiam retinere licebat, datum est, id indebitum solutum non videri: proinde repeti non posse, quia debitum solutum videatur. Hic objiciuntur illi loci, in quibus, diserte traditum est, cum legata dodrantem excedunt, quatenus excedunt, ipso jure minui per L. Falcidiam ut perinde habeantur, quasi nec legata sint, L. *in quantitate*, §. *ult. D. eod.* *L.* 1. §. *si quis ex mortis*, *D. quod legat.* Hic non possumus uti distinctione vulgari, 2

ut

ut dicamus id, quod dodrantem excedit, naturaliter deberi propter defuncti voluntatem qui legavit: jure civili autem non deberi, propter L. Falcidiam quæ ultra dodrantem legare vetat. Nam si hoc legatum totum naturaliter debetur: etiam quod dodrantem excedit, si solvatur ab herede, nunquam repeti poterit, tametsi heres per errorem facti solverit; quoniam ea, quæ naturaliter debentur, soluta repeti non possunt. At quod ultra dodrantem per errorem solutum est, repeti potest, L. *error*, *infr. h. t.* Proinde nec naturaliter id debebatur. Dicendum est igitur id, quod res est, cum supra dodrantem legatum est, id quod dodrantem excedit, alias in totum debetur, alias in totum non debetur. In totum non debetur ex L. Falcidia, si heres Falcidiæ beneficio uti velit; in quam sententiam accipiendi sunt superiores loci de legatis imminuendis. At in totum debetur, si heres consulto legis Falcidiæ beneficium omittat, ut hic proponitur. Tum enim legatum debetur totum naturaliter propter voluntatem defuncti. Item et civiliter ex L. 12. tab. quæ jubet, *uti quisquis legas. etc.* Neque hoc casu L. 12. tabularum impeditur lex Falcidia quia legis Falcidiæ mens est, ubi heres quartam retinere non vult, ut in totum voluntas defuncti conservetur, quoniam L. Falcidia testatoris caussa lata est, *Instit eod. in pr.*

3 Sed cur frustra † quærimus, utrum id, quod dodrantem excedit, sit debitum, an indebitum: cum ubi id ultro ab herede præstatur, etiamsi indebitum fuerit, tamen repeti non possit; quia (ut dictum) videatur donatum? Resp. Effectus hic est, quod si debitum solutum est, nunquam repeti potest: si indebitum fuit, interdum revocari potest; quia non omnes donationes inter omnes valent, qualis est donatio inter virum et uxorem. Finge hoc modo: Maritus a testatore heres institutus est, ab eo supra dodrantem patrimonii legata relicta sunt, et inter cætera legatum est ab eo relictum uxori ejus. Heres sciens ultra dodrantem esse legatum, uxori suæ restituit. Quæritur, an quod in hoc legato dodrantem excedit, maritus repetere possit? Quæstio in eo est, an debitum, an vero indebitum solverit: si debitum solvit, repetere non potest: si indebitum, donavit; et ideo repetere potest, quia debitum solutum inter maritum et uxorem interdictum non est, donatio interdicta est, L. 1. 2. 3. *de donat. inter virum et uxorem.* Respondetur ex hoc loco, id, quod dodrantem excedit, repeti non posse; quia donatum non sit, sed debitum solutum. Idque ex hac ratione etiam a veteribus responsum est, L. 5. §. *si quis rogatus*, *D. de donat. inter vir. et uxor.* Ideoque ex veterum Jureconsultorum sententiis hoc rescriptum translatitium est. *Ad L.*

Ad L. Falcidiæ rationem. 2.

Idem A. Sanctiano.

Falcidiæ rationem advèrsus omnes pro modo legatorum et fideicommissorum locum habere: certi et explorati juris est. PP. Kal. Jul. Laterano. et Rufino Coss.

SUMMARIA

1. *An si legata dodrantem excedunt, heres id, quod amplius est, adversus unum legatarium, an adversus omnes retinere debeat?*
2. *Legata dodrantem excedentia interdum non minuuntur, sed pro parte, quæ deduci debebat, æstimatio aliunde præstatur.*
3. *Si res legata divisionem accipit, in ipsa re deductio fit, non in alia, et fit, quatenus legatum dodrantem excedit.*

CUM legata dodrantem excedunt, id retinere heres potest, quod amplius est.
1 Quæritur, † utrum adversus unum legatarium retinere id totum possit, an adversus omnes id retinere debeat? Hic scriptum est, retinere debere non adversus unum, sed adversus omnes, quibus quid testamento relictum est. Sed cur id potius adversus omnes est retinendum, quam adversus unum, cum L. Falcidia id solum caveatur, ut heres quartam partem hereditatis habeat: unde autem habeat, L. Falcidia non exprimitur? Respon. L. Falcidia non de quarta tantum hereditatis heredi relinquenda cavet, sed etiam maxime de legatis præstandis intra dodrantem, qua in parte L. Falcidia legatariis ex æquo consultum voluit. Proinde usque ad dodrantem singulis legata præstabuntur. Quod dodrantem excedit, non poterit ab uno deduci quia isto modo huic uni detraheretur, ut augerentur cæterorum legata, quod est contra sententiam legis. Ut adversus omnes legatarios detrahitur id, quod dodrantem excedit: ita consequens est, id quod heres habere debet ultra quartam, non posse eum deducere in una aliqua re legatis, quæ efficiat universam eam summam, quæ heredi debetur supra dodrantem: sed singulorum legata per Falcidiam minui, ut quod in singulis supra dodrantem patrimonii legatum, id de singulis pro portione detrahatur, et quidem ipso jure. *L. in quantitate*, §. *ult. D. eod. si quis ex mortis*, *D. quod legat.* Id hanc vim habet, ut si proponas, patrimonium legatis exhaustum esse, et fundum Tusculanum legatum esse Titio, dicendum sit, in hoc fundo partes tres esse Titii legatarii, quartam partem esse ipso jure hereditatis, quasi nec legatam: ut intelligamus ex hoc ipso prædio quartam deduci et deduci ipso jure, quasi semper apud heredem mansisset. Hinc fit, ut heres natura quartam, quæ dodrantem excedit, jure vindicare possit in eo fundo, et a legatario, et a quovis possessore, ut scriptum est L. *lineam*, *D. eod.* Quod non fieret, nisi dominium jure mansisset heredis; quia non alii competit in rem actio, quam domino. *L. in rem D. de rei vind.* Interdum tamen † ipsa legata non minuuntur, tametsi supra dodrantem legatum sit, sed pro ea 2
parte, quæ deduci ex L. debebat, præstatur aliunde heredi æstimatio. Id autem contingit ubi res legata natura divisionem non recipit. Hujus generis servitus est. Si defunctus legaverit Titio jus eundi, agendi per fundum hereditarium, iter solidum præstabitur legatario, etiamsi L. Falcidiæ locus sit; quoniam pro parte iter præstari non potest, sed cum pars itineris præstari non possit, pro ea parte præstabitur æstimatio, ut legi Falcidiæ satisfiat, L. 7. *D. eod.* idem accidit in libertate servo a testatore relicta, si eidem servo aliquid legatum sit. Nam si legata omnia contributa dodrantem excedant, nihilominus libertas in solidum præstabitur; quia pro parte non potest, sed æstimabitur servus, cujus æstimationis pars heredi relinquitur, quatenus legatum dodrantem excedit, idque sumetur ex eo legato, quod manumisso datum est L. *plane*, *L. seq.* D. *eod.*

Cæterum † si res legata divisionem reci- 3
piat, in ea ipsa re deductio fit, non in alia, et fit, quatenus legatum dodrantem excedit. Est autem ita ut in eo legato deductio fiat pro cæteris legatis. Opponitur *L. filium quem*, *sup. famil. ercis.* ubi heres rogatus restitue-

re

re hereditatem, quartam retinet in uno certo fundo. Respondeo: Id ideo fit, quia is fundus legatus erat, et heres ex aliis rebus quartam deducere non poterat. Nam illic heres rogatus erat restituere hereditatem habens fundum, id est restituere ea lege, ut sibi fundum præciperet, et sibi haberet. Eum igitur fundum heres jure prælegati habuit, et ut habet, ita in quartam imputat, *L. in quartam*, *D. ad leg. Falcidiam.* Cum autem fundus sufficeret ad quartam una cum cæteris rebus, quæ heredi relictæ, aut ab eo deductæ: eo fiebat, ut de cæteris rebus Falcidiam detrahere non posset. Nos autem hic dicimus, cum de cæteris rebus Falcidia detrahi potest, nunquam heres eam portionem Falcidiæ in alia re deducere potest.

Opponitur *L. non amplius*, §. 1. *de legat.* 1. ubi pars bonorum legata est, placet heredem pro rebus hereditariis estimationem præstare posse. Respondeo: Hic locus nihil ad rem pertinet: nam illic apparet, non quando quid heres retinere possit; sed quid præstari debeat legatario. Et placet eum debere præstare aut res, aut æstimationem, ut illi commodum visum fuerit. Et quanvis diceremus heredem posse ex ea æstimatione, quam præstat, deducere Falcidiæ portionem; tamen non deduceret ex alia re, quam quæ legata est: nam legata parte bonorum, æstimatio legata intelligitur; prout heredi visum fuerit, ut dixi.

Opponitur *L. lineam*, *D. eod.* ubi rem, ex qua heres quartam Falcidiam detrahere poterat, cum ea esset apud legatarium; non pro parte tantum repeti, sed repeti totam proponitur.

Respondeo: Cum rei legatum apud legatarium repetitur sine voluntate heredis, eam heres repetere potest interdicto, quod legatorum, etc. L. 1. *D. quod legatorum*, *etc.* Sed hæc repetitio non eo pertinet, ut totam rem legatam heres habeat, sed ut possit judicio communi dividundo, aut privato consensu portionem, quæ ei ex L. Falcidia debetur, retinere. Postremo opponitur L. *si ex pluribus*, *D. eod.* ubi pluribus rebus, ubi legatis, cum locus L. Falcidiæ esset, et heres quasdam ex his rebus in solidum legatario præstitisset, potest reliquas in solidum retinere, nisi portio Falcidiæ in reliquis jam solutis debita præstetur. Respondeo: Nunquam portio Falcidiæ, quæ ex certis rebus debetur, aut major peti, retinerive potest, quam debetur, aut in aliis rebus retineri, quam in quibus debetur: sed ejus portionis consequendæ non una ratio est. Nam interdum recta deducitur, interdum obliqua via, dum aut res legata, quæ est apud legatarium, repetitur interdicto quod legatorum, aut aliæ res legatæ nondum præstitæ per exceptionem doli mali retinentur: nisi legatarius, quod in cæteris rebus jam ei solutis, dodrantem excedit, paratus sit restituere. Quæ sunt rationes expositæ in *d. L. lineam*, *et d.* L. *si ex pluribus*, *D. eod.*

Ad L. Etiamsi. 3.

Imp. Alexander August. Hermagoræ.

Etiamsi tacitum fideicommissum heredem administrasse apparuerit: legata tamen, seu fideicommissa, quæ testamento relicta sunt, præstanda esse, ambigi non oportet: ad eum videlicet modum, quem lex Falcidia patitur: cum quartam, quæ aufertur heredi, qui contra legem fidem suam obtulit, legatariis proficere non placuit. PP. Id. Octobr. Alexand. A. Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditas, quæ ut indigno aufertur, ad fiscum cum suis oneribus et commodis pertinet, idemque in ea vice heredis scripti fungitur, legata præstando et Falcidiam detrahendo.*
2. *Quæstio hujus legis.*

1 QUoties † hereditas heredi scripto tanquam indigno aufertur, et fisco vindicatur, toties hereditas ad fiscum cum suis oneribus et commodis pertinet, omninoque fiscus in ea hereditate vice heredis scripti fungitur; et ideo si quæ legata testamento relicta sunt, ea fiscus præstat. Similiter si heres Falcidiam detrahere potuit, quia dodrantem legata excedunt, etiam fiscus detrahere poterit, L. 3. §. *ult. D. ad Trebell.* L. *cum fiscus, D. de Syll. Senatusconsulto.* Idem confirmatur in hoc rescripto, in persona ejus heredis, qui tacite fidem suam accomodavit testatori, ut hereditatem restitueret ei, qui capere non poterat, quia fides hic accommodatur in fraudem legis. Placuit fraudem ita vindicare, ut hereditas tanquam indigno auferatur et vindicetur fisco, L. *in fraudem*, L. *heres D. de his, quib. ut indig.* L. 3. L. *cum tacitum. D. de jure fisci.* Hoc autem cum fit, etiam fiscus in legatis eodem illo jure utitur, quod supra diximus: nam et legata præstat, et præstat intra modum legis Falcidiæ, idest, ut quartam partem hereditatis integram retineat, ut hic. Et hoc jus tunc certum est, cum heres, qui tacite fidem suam accommodavit, fideicommissario restituit quarta retenta, *d.* L. *cum tacitum, de jure fisc.* Nam tunc jure heredis fiscus utitur, ut videlicet quemadmodum heres quartam retinuit, sic possit et fiscus retinere.

Quæsitum est, † an idem dicendum sit, 2
si heres in proposito solidum fideicommissum administravit, ut rogatus erat, ita totum restituens, quæ propria hujus rescripti quæstio est. Dubitationis caussa hæc est; quia toto fideicommisso restituto hereditas aufertur fideicommissario, non heredi. Unde consequens est, fiscum jure fideicommissarii uti debere, non heredis. Porro certi juris est, nunquam legatarium, aut fideicommissarium, etiam cui jure ex fideicommisso restituta est hereditas, L. Falcidiæ beneficio uti posse in legatis, *L. lex Falcid.* §. *ult. D. eod.* Proinde in proposito nec fiscus, qui jure fideicommissarii utitur, poterit legis beneficio uti, et quartam hereditatis retinere. Rescriptum est, nihilominus etiam hoc casu heredem quartam hereditatis retinere posse, hac ratione; quia heres, qui tacite fidem suam in fraudem legis accommodavit, etsi quartam retinere non possit, tamen perinde habetur, ac si retinuisset, et quarta ad fiscum pertinet, *L. beneficio, in fin. D. eod. d.* L. *cum tacitum, de jure fisci.* Et quarta sic ad fiscum pertinet ex constitutionibus, ut fisco prosit, non ut prosit legatariis, quæ ratio significatur in extremo hic.

Ad L.

Ad L. *Et in legatis.* 4.

Iidem Augustus Philetiano.

Et in legatis Principi datis legem Falcidiam locum habere merito divo Hadriano placuit. PP. V. Kalend. Januar. Alexandro A. Coss.

SUMMARIA.

1. *Cum supra dodrantem hereditatis legatum est, nullius legatarii persona vel favor, vel amplitudo, vel necessitas facit, quo minus Falcidiæ detrahi possit.*
2. *Falcidia an etiam contra Principem retineri possit.*

1 CUM supra dodrantem † hereditatis legatum est, nullius legatarii persona, vel favor, vel amplitudo, vel necessitas etiam facit, quo minus de legato ei relicto portio Falcidiæ detrahi possit; quoniam lex Falcidia non legatariorum caussa constituta est, sed testatorum, *Inst. eod. tit. in princ.* Idque est, quod dicitur legem Falcidiam et ad legata municipium, et legata Deo relicta pertinere, L. 1. §. *ad eos*, *versic. ad municipum*, *D. eod.* Eodem pertinet, quod de
2 legato Principi relicto cavetur. Sed † in Principis persona hæc dubitatio erat, cur non videretur adversus eam Falcidia retineri posse; quia Falcidia lex est in numero legum et constitutionum. Princeps vero legibus solutus est. Sed adversus hanc objectionem etiam hæc responsio est in legibus, etsi Princeps legibus solutus sit; tamen Principem sua voluntate legibus vivere, ita ut in omnibus negotiis similibus Princeps privatorum jure utatur, *L.* 3. *supr. de testam.* L. *digna vox*, *supr. de legib.* §. *ult. Instit. quibus modis testam. infirm.*

Ad. L. *Si mortis.* 5.

Idem Augustus Damasatæ.

Si mortis caussa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes: Legis Falcidiæ ratione secundum constitutionem divi Severi avi mei uti merito potes. PP. XV. Kal. Nov. Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Circa legis Falcidiæ rationem quæ consideranda, et quibus de caussis.*
2. *Quæ res in numero legatorum haberi debeant.*

1 CIrca † rationem legis Falcidiæ ponendam, semper quærendum est, quid et quantum in numero legatorum haberi debeat duabus de caussis. I. Est, ut sciri possit ex legatorum contributione, an legata patrimonii dodrantem excedant. Altera, ut cum constabit, quæ legata sint, possit de singulis detrahi, quod dodrantem excedit, ut initio diximus. Hæc quæstio hoc rescripto ex parte attingitur. Declaratur enim, quid in numero legatorum haberi debeat, in quo lex Falcidia locum habeat. De eo ita statuendum est. Cum † quæritur, an supra dodrantem 2
legatum sit, in quæstione legatorum non solum computari debent, quæ vere dicuntur legata, tametsi L. Falcidia de legatis tantum nominatim scripta sit, sed etiam ex sententia legis, ea omnia, quæcunque vicem legatorum obtinent, cujusmodi est donatio caussa mortis, de qua hic. Vicem autem legatorum hæc obtinent. Primum, jam olim fideicommissa, L. 1. *de legat.* 1. proxime donationes caussa mortis, L. *illud*, *de mortis caussa donatio.* Hæc autem caussa est, quia

ut legata non nisi morte testatoris confirmantur; sic nec donationes caussa mortis: cum possint hæ donationes ex pœnitentia revocari a donatore, usque ad ultimum vitæ spiritum. L. *senatus*, §. *donatio D. de mortis caussa donationib.*

Hinc placet, hoc loco ejusmodi donationes in contributionem legatorum venire, et simul ex iis posse deduci, quod dodrantem excedit. In eodem numero habentur donationes inter virum et uxorem, ob eandem caussam, L. *in donationibus*, *infr. hoc tit.* Etiam quæ donata non sunt, nec testamento, nec a vivente testatore relicta, sed quæ solum mortis caussa capiuntur, si in fraudem legis a testatore impositæ, accepta sunt, de quo genere dicitur ad L. *pen. infr.*

Ad L: In Imponenda 6.

Idem Augustus Secundinæ

In imponenda ratione legis Falcidiæ omne æs alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamvis aditione hereditatis confusæ sint actiones. §. 1. Omnia autem legata, quamvis in operibus publicis conficiendis statuisque ponendis data sint, ad contributionem dodrantis pro rata suæ cujusque quantitatis revocantur. §. 2. Nec si quid ultra solidum heres præstiterit aut perfecerit, legitimæ computationi præjudicatur. S. V. Kalend. Januar. Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Tria hujus legis capita.*
2. *Computatio patrimonii qualis esse debeat.*
3. *Æs alienum defuncti quid.*
4. *Funeris impensa quid.*
5. *Pretia servorum manumissorum quare deducantur, et quomodo.*
5. *Pretia servorum, de quibus supplicium sumptum est, an deducantur, et ad quod deductionis genus referenda sint.*
7. *Heres an in detractione æris alieni etiam possit deducere id, quod sibi a defuncto debetur.*
8. *Quæ legata in contributionem legis Falcidiæ veniant.*
9. *Jus Falcidiæ deducendæ quale sit.*

1 HIC tria † capita sunt. I. De computatione patrimonii, qualis esse debeat in ratione legis Falcidiæ ineunda, idest, cum quæritur, an supra dodrantem patrimonii legatum sit. II. De legatis, quæ in contributione legis Falcidiæ veniant. III. De jure
2 Falcidiæ deducendæ. Computatio † patrimonii hæc est, computatur patrimonium, quod fuit tempore mortis testatoris deducto ære alieno, funeris impensa et pretiis servorum manumissorum. L. *in quantitate patrimonii, in pr. D. eod.* Id ita fieri debere intellectum est ex L. Falcidia: quia lex exigit, ut heres legatis solutis non minus, quam quartam partem hereditatis habeat. Non videtur heres quartam habere, si quartam præstare postea cogitur, aut eo amplius, non est nostrum, quod mansurum non est, L. *aliud est capere, de verb. sig.* Nec videtur ea res penes nos esse, cujus pretium abest, L. *Labeo et Sabin. D. de verb. sig.* At id futurum est, si heres legata præstat suprascriptis rebus prius non detractis: nam ipse æs alienum solvere debet, et impensas funeris facere et præterea servi manumissi illi obfuturi sunt: quarum rerum æstimatio interdum quadruplo major erit quarta. Proinde ut quartam habeat ex sententia legis, et quartam cum effectu, oportuit res suprascriptas antea de patrimonio deduci, ut reliqui patrimonii quartam heres habeat sine ullo damno intactam.

Æs alienum † defuncti est id, quod de- 3
functus debuit, L. *cedere*, §. *æs alienum*, *de verb. sig.* Et generaliter id omne quod defunctus præstare necesse habuit. L. *pater filium*, *in fin. D. eod.* Funeris † impensa 4
est, quæ fit funeris caussa. Funeris caussa intelligitur fieri, quæ fit deducendi funeris et sepeliendi mortui caussa, sine qua neque duci

duci, neque sepeliri honeste potuisset. *L. et si quis*, §. *funeris caussa*, *L. funeris*, *de religios.* Ita funeris impensa est, quæ ad necessitatem funeris facta est: non est autem necesse ad mortuum sepeliendum monumentum illi ædificare, præsertim si sit sumptuosius. Proinde si quam impensam monumenti exstruendi caussa heres fecit, præterquam quod necesse sit, quanvis jussus sit a testatore exstruere; tamen hanc impensam non deducit, quia non est facta funeris caussa, ut definivimus. Hinc est *L.* I. §. *ult. et L.*
5 *seq. D. eod.* Pretia † servorum manumissorum ideo deducuntur, quia servi tempore mortis testatoris, cum nondum liberi essent, in pretio defuncti computabantur; postea adita hereditate, aut etiam non adita manumissi, in patrimonio defuncti esse desinunt, ut sic in patrimonio defuncti solum eorum pretia computentur, et pretia deducantur. Id hoc fit modo, ut servi manumissi perinde habeantur, quasi in pretio defuncti non fuerint tempore mortis ejus. Notandum est autem generaliter esse dictum, deduci pretia servorum manumissorum, non autem testamento, aut aliter manumissorum. Unde intelligimus, omnium manumissorum pretia deduci, non tantum, si testamento liberi esse jussi sint a testatore, sed etiam pro pretio libertatem a testatore acceperint. L. *æris alieni*, *D. eod.*

6 Etiam † pretia servorum deducuntur, de quibus servis sumptum est supplicium. *d.* L. *æris*, *in pr.* Unde quæritur, ad quod genus istarum deductionum hi referri debeant, cum neque sint manumissi, neque in funeris sint impensa, neque videantur etiam esse in eo, quod debuit defunctus? Et placuit, eorum pretia deduci, tanquam æs alienum, ut ibidem est scriptum. Recte. Nam servi, qui delinquunt, cum Rep. contrahere videntur pœna, vel vindicta, quam luendo solvunt L.
7 I. *D. de legib.* Circa † æris alieni deductionem quæritur, an heres in æris alieni deductione possit etiam detrahere, quod ei defuncto debetur? Merito hoc quæsitum est. Nam subtilitas rationis facere videbatur, ne possit detrahere: id enim debitum deduci potest, si est aliquid debitum. At hereditate ab herede adita fit, ut quod prius ei debebatur desinat deberi; quoniam aditione actiones confunduntur, confusione tolluntur, L. *debitori*, *supr. de pact.* L. *Stichum*, §. *a Titio*, *D. de solut.* Sic fit, ut quod debitum esse desiit, tanquam debitum deduci non possit. Et placuit nihilominus heredem deducere posse, quod sibi debebatur, de quo nominatim hic. Non obstat, quod confusione actiones sunt sublatæ: quoniam in ratione L. Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonii agitur, spectatur, quemadmodum patrimonium fuerit tempore mortis defuncti, ut dictum. Eo autem tempore nondum actiones confusæ erant; proinde ex eo tempore æs alienum, quod heredi debebatur, deducitur. Hanc objectionem hodie non debemus metuere in eo herede, qui inventarium facit. Nam hoc beneficium ei tribuitur, ut nec adita ab eo hereditate actiones ejus confundantur, L. *ult.* §. *in computatione*, *sup. de jur. deliber.*

De legatis, † quæ in contributionem legis 8
Falcidiæ veniunt, ita est scriptum, ut veniant omnia, quæcunque testamento sunt relicta sive in dando, sive in faciendo: idest, ut non tantum æstimentur ea, quibus testatori jussit dare heredem, sed etiam ea, quibus eum jussit aliquid facere, veluti opus exstruere, statuam alicui ponere, quod non fit suis sumptibus. Hoc amplius, additur etiam, facta in contributionem legatorum venire, quanvis heres jussus sit facere, aut operibus publicis extruendis, aut in statua publice ponenda. Quibus verbis id, quod dixi L. 4. *in pr.* et traditur in L. I. §. *ad eos.* vers. *ad municipium*, D. *eod.* continetur: nempe L. Falcidiam ad omnia legata etiam civitati et Reipublicæ relicta pertinere. Forma autem loquendi, quæ est in *vers.* I. de horum legatorum contributione notanda est. Dicuntur enim omnia legata ad contributionem dodrantis revocari. Non videntur legata esse in dodrante patrimonii, et revera non sunt. Aliud est enim patrimonium, aliud legata, quæ ex patrimonio debentur. Est igitur hic sensus: legata omnia revocari eo, ut contribuatur usque ad dodrantem, seu usque ad dodrantis patrimonii quantitatem: quod amplius est, eatenus minuuntur, pro modo et quantitate cujusque legati. Hoc autem quomodo intelligendum sit, declaratur dilucide exemplo §. *ult. in fin. Inst. eod. et in* L. *in quantitate patrimonii*, *in fin.* D. *eod.* Jus † autem Fal- 9
cidiæ portionis detrahendæ, de quo in extremo cavetur, tale est, ut heres hanc possit deducere, nec de legitima ea computatione quicquam detrahatur, quanvis quædam legata solida præstiterit: quod sic est interpretandum, siquidem ignorans L. Falcidiæ locum esse, solida quædam præstiterit. Nam non tantum de his, quæ nondum præstitit, deducit, quod dodrantem excedit, sed etiam ea, quæ solvit jam, amplius repetit. L. *error. inf. h. t.* Quod si heres sciens quædam sol-

solvit in solidum, sensus hujus loci est, eam solutionem heredi in reliquis legatis non nocere; quoniam in illis Falcidiam detrahat. Nam id, quod sponte amplius solvit, et ob id donari voluit, non repetit, *d.* L. *error.* Sed hic locus emendatur *in* auth. *sed cum testator inf.*

Ad L. *In testamento.*

Idem August. Primo et P. Pomponio.

In testamento quidem militis jus legis Falcidiæ cessat, sed si ea, quæ ad vos pertinent, defunctus tenuit, bonorum ejus videri minime possunt: et ideo recte rationem eorum, ut æris alieni, haberi desiderabitis PP. Kal. Maji, Alexandro II, et Marcello Coss.

SUMMARIA.

1. *Heres testamento militis institutus* L. *Falcidiæ beneficio non utitur. Limitatur num.* 3.
2. *Miles hic quis accipiatur.*
4. *Lex Falcidia quibus ex caussis cesset, et locum non habeat.*

1 Heres † testamento militis institutus, a quo supra dodrantem legata relicta sunt, legis Falcidiæ beneficio non utitur, ut quartam detrahat, sed solida legata præstare cogitur, idest quod hic dicicitur, in testamento militis Falcidiam locum non habere. Id sumptum est ex constitutionibus, quibus de testamento militis cavetur, ut quicquid statuerit miles de bonis, id ratum sit. L. 1. *de testam. milit.* L. 1. 2. *sup. eod.* Sed mi-
2 litem † accipere debemus, qui testamentum fecit in expeditione: nam si alibi facit testamentum miles, is quidem recte testatur, etiamsi sit filiusfamilias, qui de peculio castrensi testatur, aut quasi castrensi: sed jure communi testari debet, §. 1. *Instit. de testam. milit.* Proinde et in hoc testamento lex Falcidia ex jure communi locum habebit. Hoc est, quod alibi traditur, ad veterani militis testamenta. L. Falcidiam per-
3 tinere, L. *ad veterani*, D. *eod.* Sed † quamvis heres ex testamento militis solida legata præstet, et hactenus L. Falcidiæ beneficio non utatur: tamen priusquam legata præstet, æs alienum, et quidem quod sibi a milite debebatur, ante omnia potest deducere, ut hic est scriptum. Et generaliter ita placet, etiam ex militis testamento heredem legata præstare non cogi, ultra facultates patrimonii defuncti, quod patrimonium æstimatur deducto ære alieno. L. *subsignatum*, §. *bona*, *D. de verb. sig.* Idque ita definitum est in L. 1. §. *denique*, *D. ad Treb.* Sed constitutiones superiores obstant, latæ de testamento militis, quibus sine exceptione cavetur, ut quod testator statuit, quodque, voluit, id tanquam jus servetur. Responsio additur illis constitutionibus, quod voluit de rebus suis, L. 1. *de testam. milit.* Proinde de alieno si quid miles statuerit, ratum non erit, *L. cum filiusfam. D. eod.* Testabitur autem de alieno, si heres ultra quantitatem patrimonii militis legata præstare cogetur.

Huic rescripto opponitur L. 1. §. *hoc Senatusconsultum*, *D. ad Treb.* ubi scribitur: hoc Senatusconsultum etiam in militis testamento locum habet. Constat autem Senatusconsulto Pegasiano, cujus auctoritas postea Trebelliano est tributa, quartam ex fideicommisso hereditatis detrahi posse, §. *sed quia hered. et* §. *sed quia stipulationes*, *D. de fid. hereditatib.* Ita suprascriptis verbis hæc sententia exprimitur, etiam in militis testamento quartam ex Senatusconsulto retineri posse, si heres rogatus sit hereditatem restituere supra dodrantem. Nec ad rem pertinet, quod illic agitur de quarta Trebellianica quæ ex

he-

hereditate deducitur, non de singulis legatis. Nam Trebellianica nihil est aliud nisi Felcidiæ quarta, introducta ad exemplum ejus quartæ, quæ de singulis legatis detrahitur per legem Falcidiam dict. §. *sed quia heredes*, *Instit. de fideicom. her.* Respond. Si L. 1. accipitur ex sententia scriptoris, ut accipi debet, nihil hisce adversatur. Nam Ulpianus cum dicit, hoc Senatusconsultum, intelligit SC. Trebellianicum quod illic interpretatur. Eo Senatusconsulto non cavebatur de quarta detrahenda, sed de actionibus hereditariis, et oneribus in fideicommissarium transferendis, ut SC. refertur in principio ejus legis. Verum est, hoc SC. in omnium testamentis locum habere, quoniam ex omnium testamentis hereditate restituta nihil apud heredem remanet. Postea quarta jussa est detrahi SC. Pegasiano, de quo illic Ulpianus non tractabat; sed tamen postea Pegasiani auctoritatem tribuit Trebelliano, quasi ex Trebelliano etiam jussa sit detrahi, dicto §. *sed quia stipulationes*, *Inst. de fideicom. hered.* secundum quam posteriorem legem sic placet accipi *d.* L. 1. §. *hoc Senatusconsulto*, *ad SC. Trebell.* Sed tamen ne sic quidem locus adversabitur, sed ita interpretandus erit: Hoc Senatusconsultum locum habet in militis testamento, quia locum habet in maxima parte, non in omnibus. Habet autem locum in his capitibus, ut heres cogatur hereditatem adire, aditam restituere, et ut restituta hereditate transeant actiones in fideicommissarium, sed non etiam, ut quarta detrahatur. Lex Falcidia de omni quarta detrahenda in militis testamento locum non habet. Interim apparet ex hoc loco interdum L. Falcidiam cessare, nec quartam ex legatis deduci. Id cum non solum in hac una specie receptum sit, sed etiam in multis aliis, de quarum aliquibus est cautum in *authent. tribus sequentibus*: non male est factum, ut Authenticæ hic modo subjicerentur, utroque autem loco admoneremur, ut breviter proponamus, in quibus caussis locum non habeat Falcidia, idest, in quibus legata non minuantur L. Falcidia, sed solida præstentur.

Lex falcidia cessat partim ex privilegio, partim jure communi. Ex privilegio in testamentis militum, qui in expeditione sunt testati. Cessat etiam jure communi in testamentis paganorum. Cessat autem aut ex judicio testatoris, aut ex facto heredis, aut ex conditione rei legatæ, aut ex conditione ejus, cui relinquitur. Ex judicio testatoris, si testator non ignarus, qui sit modus patrimonii sui, nominatim vetat Falcidiam detrahi, *Auth. sed. cum testator*, *in princ.*

Ex facto heredis dupliciter, alias propter delictum ejus, alias propter solutionem et tacitam quamdam repudiationem Falcidiæ. Propter delictum, quoties inventarium non fecit, aut non fecit eo modo, qui præscribitur, de quo cautum est *d. Authent. sed cum testator*, *vers. pen. et ult.* Propter tacitam repudiationem, quoties ex pluribus legatis, in quibus L. Falcidiæ locus erat, quædam solida præstitit, non ignarus locum legi Falcidiæ esse. Nam hoc casu, non modo non potest repetere, quæ solvit, sed etiam reliquis se in solidum astringere intelligitur, *d. Authen. sed cum testator*, *versic.* Ex conditione rei legatæ, multis in rebus legatis cessat Falcidia. Hæ autem res numero fere sunt sex: Dos a marito uxori prælegata. Item res uxoris caussa emptæ, paratæve, quæ ei legatæ sunt. L. *si usus fructus*, D. *ad L. Falcid.* Ratio adjecta est, quia hæ potius videantur uxoris antea fuisse, quam ei denuo legatæ. Item, libertates testamento datæ, L. *si universæ*, *supra*, *de legat.* L. *Papinianus*, §. 4. D. *de inoffic. testam.* Item quicquid filio et similibus personis datur, legatur, ut in quartam jure naturæ debitam habeant. Nam hanc quartam jus est sine ullo onere, et ulla deductione tribui his, quibus debetur. L. *quoniam*, L. *scimus*, D. *de inoffic. test.* Item quæcunque res sint ejusmodi, in quibus quartæ deductio heredi sit inutilis: hujusmodi sunt instrumenta prædiorum a testatore legata domino prædiorum, de quo in L. *si prædiorum*, *inf.* Postremo res omnes hac lege legatæ, ne extra familiam legatarii alienentur, *authen. sed et in ea re infr.* Hujus partis ratio deducitur ex priori Justiniani constitutione, qua est cautum, licere testatori Falcidiam prohibere: qui rei legatæ alienationem vetat, quartæ deductionem vetare intelligitur: nam hæc deductio alienatio est.

Ex conditione ejus, cui quid relinquitur, cessat Falcidia in his, quæ ad pias caussas sunt relicta, *auth. similiter*, *infr.* Pietas est erga Deum; ergo omnino caussa est pia, quoties his datur legatum, quos Deus suo loco habere voluit. Christus autem denuntiat, quicquid pauperibus et egentibus datum, id pro sibi dato habiturum. Proinde recte dicemus, legatum esse ad pias caussas, quicquid ministris ecclesiæ, quicquid in alimoniam et sustentationem pauperum, quicquid in redemptionem, et similes caussas legatur. Proinde nec de his Falcidiam detrahi posse.

Ad Auth. *Sed cum testator.*

Sed cum testator hoc expressim vetuit, non ignarus quis modus sit sui patrimonii, cessat Falcidia: et si heres in hoc defuncto non pareat, defertur hereditas personis enumeratis sub titulo de legatis et fideicommissis. Item si heres quædam legata, substantiæ suæ mensuram subtiliter agnoscens, præstat in solidum: neque ex his repetitio, nec ex aliis promittitur retentio: nisi inopinatum quid emergat. His cessantibus locus est Falcidiæ, si fiat inventarium secundum modum tempusque statutum in aditione: Hac quoque adhibita observatione, ut in præsentia omnium ipsius civitatis, in qua fiat, legatariorum, aut pro eis agentium, si personæ ratio sit habenda, perficiatur: vel si quis absit ex ipsis, aut interesse noluerit, succedat presentia trium testium itidem ipsius civitatis locupletum et bonæ opinionis, absque præjudicio tamen veritatis inquirendæ per servorum quæstionem et heredis testiumque jusjurandum, quo non observato, solida legata præstet, etsi fines hereditarios excedant. Nulla autem quæstionum talium vel litium excedat annum. Anno enim culpa heredis transacto cadet a relictis.

SUMMARIA.

1. *Testator an prohibere possit, ne heres Falcidiam detrahat.*
2. *Unde probetur testatorem patrimonii sui quantitatem ignorasse, vel non? et num.* 3.
4. *Quod de quarta per legem Falcidiam ex legatis detrahenda hic constituitur, an transferri possit ad quartam, quæ deducitur ex Senatusconsulto Trebelliano.*
5. *Inventarium quibusdam legatariis præsentibus, quibusdam absentibus, nullisque in eorum locum adhibitis testibus confectum, an quo ad præsentes sit nullum, et an iis etiam solida legata præstanda sint.*

1 Ait licere testatori † prohibere, ne heres Falcidiam detrahat. Opponitur, L. *quod bonis*, §. 1. *L. si debitor. D. eod.* ubi nominatim cavetur, testatorem posse inhibere deductionem L. Falcidiæ. Respondeo: Palam est Justinianum, veterem legem corrigere. Sed obstat ratio legis, L. *quod bonis* §. 1. Ratio est hæc. Quoniam legibus privatorum pactis non est derogandum, quam rationem Justinianus mutare nec voluit, nec potuit, argum. *L. non dubium*; *supr. de legib.*

Respond. Cum Justiniani constitutione liceat deductionem quartæ prohibere, qui hanc prohibet, non derogat legibus, sed secundum leges facit. Sed an eodem modo testator ex hac L. possit prohibere, ne heres rogatus restituere hereditatem, retineat quartam ex Senatusconsulto, de eo dicetur L. *si ut allegas*, *inf.* Illud constat, quartam jure naturæ debitam a testatore prohiberi non posse, L. *quoniam*, *et* L. *scimus*, *sup. de inoff. testam.* Et merito. Hæ enim diversæ res sunt. Nam L. Falcidia jure civili debetur; quarta, quæ filiis et similibus personis debetur, etiam natura debetur, L. *ult. de bon. damnat.* Civilia jura civilibus mutari possunt, naturalia non possunt, §. *pen. Inst. de jur. nat. gent. et civil. rescind.* additur conditio, ut ita testator possit utiliter Falcidiæ deductionem prohibere, si non ignarus quantitatis patrimonii sui id faciat. Quæritur quomodo † id constabit? Respond. Hoc ipso præ- 2
sumitur testator non ignorasse modum patrimonii sui, quod contra non probatur, neque hic petenda probatio L. *quisquis*, *supr. de rescind. vendit.* Ex quo loco dubia et infirma probatio est: sed ratio in promptu est: nam cum testator vetuerit falcidiam detrahi, intelligebat Falcidiæ locum esse; alioqui frustra vetuisset. Non potuit autem intelligere, se supra dodrantem patrimonii legasse contra L. Falcidiam, nisi prius sciverit et quantum legaret, et quantum in patrimonio haberet.

Si auctoritas quæritur, hæc sententia eviden-

denter probatur *Novell.* 1. *hoc vobis*, vers. *hæc autem*, unde hoc fragmentum sumptum est.

Nam Justinianus illic eum testatorem, qui Falcidiæ deductionem non prohibet, distinguit ab eo, qui nominatim prohibet; et eum qui prohibet, iterum distinguit ab eo, qui prior videtur ignorasse quantitatem patrimonii sui. Ex quo colligitur, posteriorem a Justiniano in eo numero haberi, quasi qui quantitatem patrimonii sui non ignoraret, eoque non ignoraret, se supra dodrantem
3 patrimonii sui legare. Sed quomodo † contra probabitur, testatorem ignorasse modum patrimonii sui? Id ita fiet, si testator quasdam res pro suis habeat, quæ deinde sunt evictæ. Hic eventus declarat illum plus putasse esse patrimonii, quam vere esset.

Deinde ait: si ex pluribus legatis heres quædam solida præstiterit, eum nec de reliquis Falcidiam detrahere posse, quasi unum præstando heres agnoverit voluntatem defuncti, non in eo tantum, sed in cæteris omnibus legatis. Itaque corrigitur hac parte jus vetus, L. *quod bonis*, §. *non idcirco*, L. *si ex pluribus*, D. *eod.* L. *in imponenda*, *in fin. supr. hoc tit.* Et diligenter notandum est jus hic singulare esse, quod non est producendum ad consequentias, *L. quod vero*, *D. de legib.* Jus hoc constitutum est in legatis, quæ variant, et in portione legitima, quæ ex leg. Falcidia potest detrahi. Proinde in hac solum caussa hoc jus observabitur. Cæterum generaliter ita definiemus. Quoties plures sunt res indebitæ, si quis unam ex his solvat, non ideo sibi in cæteris nocet, *L. ult. supr. ne ux. pro mar.* L. 1. 2. *sup. de fideicom.*

Ait in extremo versu: *si quis inventarium non fecerit*, *aut non fecerit ad eum modum*, *qui hic præscribitur*, *heredem primum Falcidia non usurum*, quod et ante constitutum erat in L. *ult.* §. *sin autem*, *supr. de jur. deliber.* Hoc amplius etiam solida legata præstiturum ultra facultates patrimonii, in quo jus singulare et novum constituitur. Nam ita jus fuit, et est in reliquis caussis omnibus: legata supra facultates patrimonii a nullo præstari, L. 1. §. *denique*, *D. ad Trebellian.* L. *si universæ*, *supr. de legat.* L. *successores*, *inf. h. t.* quod jus sumptum est ex lege duodecim tabularum; qua lege de facultate legandi cautum est, ita ut quisque legare possit, ut velit, dummodo leget et testetur de re sua, L. *testandi*, *supra de testam.* L. *verbis leg.* D. *de verb. sign.*

Unde intelligimus, inventario ab herede confecto in hac specie superiore, omnia jura et locos corrigi. Neque hoc iniquum est, constituitur enim coercendi heredis caussa: qui non videri potest inventarii confectionem omisisse, nisi fraudandorum legatariorum, aut fideicommissariorum caussa, quo facilius possit res hereditarias intervertere.

Hic † quæsitum est, an, quod de quarta, quæ ex legatis detrahitur per legem Falcidiam, hic constitutum est, transferri debeat ad quartam, quæ deducitur ex Senatusconsulto Trebelliano: idest, an si heres institutus rogatus sit hereditatem restituere alii, et is inventarium non facit, aut non eo modo facit, ut hic præscriptum est, an solidum fideicommissum restituere debeat, nec possit quartam ex Senatusconsulto retinere? Dixeris idem hic statuendum esse; quod quarta; quæ ex Senatusconsulto detrahitur Falcidia est, aut certe ad exemplum Falcidiæ introducta. *Instit. de fideicom. hered.* 4

Deinde quia in utraque quarta non deducenda eadem ratio est, quod scilicet heres inventarium non facit. In quibus autem caussis eadem est ratio, idem jus statuendum est, L. *aliud*, D. *ad L. Aquil.* Sed verius est, quod de Falcidia in singulis legatis hic constituitur, ad quartam Trebellian. transferri non debere; quia etsi in utraque quarta, et in facto heredis, par ratio esse videatur; tamen quod hic de quarta legatorum constituitur, aperte jus singulare est, constitutum contra rationem juris communis. Jus singulare non est producendum ad consequentias, L. *quod vero*, L. *jus singulare*, D. *de legib.* Adde, quod pœna est, quæ hic constituitur adversus heredem; in interpretatione autem legum pœnæ molliendæ sunt potius, quam exasperandæ, L. *pen. de pœn.*

Ait *in* vers. *pen.* nullum esse inventarium, nisi confectum sit, aut præsentibus legatariis, aut in locum absentium adhibitis tribus testibus idoneis. Eleganter hic quæritur. Quid
† si inventarium quibusdam legatariis præsentibus confectum sit, quibusdam absentibus, et nullis testibus in eorum locum adhibitis: an etiam quod ad præsentes legatarios attinet, inventarium nullum erit, et an iis etiam solida legata præstanda sunt? Et in hac constitutione efficitur, solida præstanda esse absentibus, secundum verba constitutionis, nisi totum inventarium nullum sit: nam verba de toto inventario scripta sunt, non de parte inventarii. Sed humanior est sententia Bartoli, in persona præsentium legatorum consistere inventarium, ita ut iis solida legata præstari 5

stari non debeant, sed solum absentibus, in quorum persona inventarium non consistit. Ille pro hac sententia recte utitur probatione horum locorum, *L. de unoquoque*, *in fin. de re judic. et* L. *Fulcinius*, §. *sed is*, *qui*, vers. *quid si adversus*. *D. quibus ex caussis in possess. eatur.* Sed iis etiam locis deficientibus, tamen ratio juris suadet, eam sententiam recipiendam esse. Nam quotiescunque lex ob certam caussam lata est, cessante caussa, cessat et lex, L. *quod dictum*, *D. de pact.* Coercendi autem heredis in hac constitutione caussa est; quia legatarios non adhibuit, aut eorum loco testes idoneos. Proinde si adhibuit, et quatenus adhibuit, legi locus non est.

Ad Auth. *Similiter*, *ex Novell.* 119. *cap.* 11.

Similiter Falcidia cessat in his, quæ ad pias caussas relicta sunt.

SUMMARIUM.

1. *An; quod in legato ad pias caussas supra dodrantem est, heres de suo præstare debeat, an vero de bonis detrahere possit?*

AIT, quod ad pias caussas relictum est, solidum dari, nec minui lege Falci-
1 dia. Quæritur, † id, quod supra dodrantem est, utrum heres de suo præstabit, an vero onerabit legatarios, idest, an de bonis detrahi debet. Idem quærere oportet in omnibus iis rebus legatis, in quibus supra diximus cessare Falcidiam. Et generaliter definiendum est: Quæcunque testamento relicta solida præstantur, nec minuuntur lege Falcidia, ea heres æris alieni loco ante omnia deducere potest: ut sic non cogatur ea de suo præstare heres, sed totum patrimonium minuatur: proinde etiam dodrantem, qui legatariis præstari debet, et quartam, quam heres ex reliquis legatis retinere dicitur ex lege Falcidia. Id primum declaratur exemplo libertatum, quæ testamento relictæ sunt. Hæ non minuuntur L. Falcidia L. *si universæ*, *supra*, *de legat.* L. *Papinianus*, §. *quarta*, *D. de inoffic. testament.* Et ob hanc caussam ante omnia earum æstimatio deducitur, §. *ult. Instit. eod.* Præterea, si de aliquibus servis supplicium sumptum est, si aliqui sint a prætore manumissi; quia in solidum eorum pretia de hereditate subducuntur: ideo etiam placet hæc pretia æris alieni loco deduci, L. *æris*, *D. eod.* Proinde non tantum de legato ad pias caussas relicto idem dicemus, sed etiam de iis, quæ in legitimam naturæ jure debitam legata sunt. Item de rebus legatis, quæ vetitæ sunt alienari, et generaliter de iis omnibus, quas solidas præstandas esse diximus ad L. *in testamento*, *supra*.

Ad L.

Ad L. Irritum. 8.

Imp. Alexander A. Aurelio.

Irritum quidem propterea testaméntum fratris tui esse non potest, quod ex caussa fideicommissi obligatus fuit, ut, si sine liberis prior decederet, paternam tibi hereditatem redderet. Sed licet te heredem scripserit: in imponenda tamen legatorum ratione, quibus te oneratum esse suggeris, fideicommissum debitum æris alieni loco deduci oportet: insuperque in residuo legis Falcidiæ beneficium vindicabis. PP. Idus Septemb. Maximo II. et Paterno Coss.

SUMMARIA.

1. *Testamentum ejus, qui fratri fideicommissum debet, an jure valeat.*
2. *Legata ex proposito testamento, an solida præstanda sint, non deducto fideicommisso: aut si id detrahi possit, utrum debeat in quartam compensari, et nu.* 3.
4. *Ex dicto fideicommisso quantum fratri debeatur.*

PAter duobus filiis, quos habebat, heredibus institutis, Primo, et Aurelio, a Primo petiit, ut, si sine liberis decederet, portionem suam hereditatis fratri Aurelio restitueret. Is Primus sine liberis decedens fratrem Aurelium sibi heredem instituit, et cum ei integrum fideicommissum hereditatis præstare deberet, multis legatis eum oneravit. Eo mortuo Aurelius fratris hereditatem adiit, legatarii ab eo legata petunt, et petunt sine deductione fideicommissi, quod Aurelio debebatur a fratre defuncto. Aurelius indignatus, se oneratum esse legatis ab eo, a quo integrum fideicommissum accipere debebat, Primum negat legata deberi hac ratione, quia testamentum fratris sui irritum, seu nullius momenti sit. Hoc si verum est, recte colligitur, ex eo legata non deberi. Nam ex eo testamento quod jure non valet, quocunque tandem modo fiat, ut non valeat, nihil deberi potest, L. 3. *supr. de testam.* §. *ult. Inst. quibus mod. test. infr.*

1 At † quomodo dicetur hoc testamentum irritum esse? Et potuit pro hac sententia hæc oratio afferri, quæ ratio fecit dubitationi caussam: Quia constat ex L. duodecim tabularum, neminem posse testari nisi de suis bonis, L. *testandi, supra, de testam.* In proposito autem dicitur Primus testatus de portione hereditatis paternæ restituenda. Hæc non fuit Primi, sed Aurelii, cui restitui debuit. Proinde hactenus testamentum non valet, proinde etiam jus totum non valet.

Hic Primo respondetur, non ideo irritum fratris Primi testamentum esse, quia is fideicommissum Aurelio debuerit. Non obstat, quod testator non possit testari de bonis alienis. Nam hic subtili jure portio hereditatis, de qua restituenda rogatus est, ejus fuit; alioqui eam restituere non potuisset. Deinde etsi ea portio non fuit defuncti, attamen quarta ejus portionis fuit defuncti: nam hanc ex Senatusconsulto deducere potuit. Postremo ut heres liber et sui juris testamentum facere possit, non exigitur, ut aliquid in bonis habeat, sed hoc solum, an habere possit: nam quanvis duplo plus debeat, quam habeat; tamen eo mortuo hereditas ejus subesse intelligitur, de qua heredem instituere potuit et voluit. Nam heredis verbum etiam damnosam hereditatem continet, et ut alibi scribitur in eandem sententiam, hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum hunc habet, idest, jure subesse intelligitur, L. *hereditatis appellatio*, D. *de verb. sig.* L. *hereditas*, D. *de hered. pet.* Proinde recte responsum est, testamentum, quod proponitur, non ideo esse irritum, quia testator fideicommissum debuerat.

At urgent † legatarii, ut legata præstentur non deducto fideicommisso, quod Aurelio debebatur, et utuntur hac ratione, Fideicommissum tuum non est: quoniam non est tibi restitutum, non potest etiam tuum fieri restitutione; quoniam fideicommissario successisti, ipse tibi fideicommissum restitue- 2

re

re non potest, sed confusione obligatio fideicommissi sublata est, L. *debitori, supr. de pact.* Respondent Impp. Sic Aurelium legata præstare debere, ut in patrimonio æstimando, ante omnia deducere possit fideicommissum sibi debitum. Nec obstat, quod fideicommissum ejus non est, nec ejus fieri potest restitutione; quoniam fideicommissum deducet, non ut suum, sed ut sibi debitum loco æris alieni, quod per L. Falcidiam conceditur, quotiescunque L. Falcidiæ ratio ponitur, idest, cum quæritur, an legata dodrantem patrimonii excedant, et id patrimonium quantum sit.

3 Si † igitur fideicommissum deduci non potest, saltem hoc postulant legatarii, ut de reliquo patrimonio Aurelius quartam non detrahat, sed fideicommissum, quod deduxit, compenset in quartam. Respondent Imperatores, id repugnare L. Falcidiæ, secundum quam in patrimonio æstimando antea deducitur æs alienum. In eo autem, quod reliquum est, ita ratio subducitur, ut ejus reliqui quarta apud heredem manere debeat, dodrans præstari legatariis. Proinde idem et in proposito fiet; §. *ult. Inst. eod.*

Sed quæritur, † quantum in fideicommisso debeatur Aurelio, ut ipse id detrahere possit æris alieni loco? Respond. Jus certum est, tantum ei deberi dodrantem ejus portionis, quam frater rogatus est ei restituere, Quarta ipso jure ei non debetur, sed minuitur per L. Falcidiam ac proinde Senatusconsultum, quod ad exem. L. Falcidiæ introductum est, *L. in quantitate*, §. *ult. D. eodem.* 4

Ex his apparet, Aurelium in hac deductione simul habiturum et fideicommissum, quod ei relictum est, et præterea reliqui patrimonii quartam, neque fideicommissum in quartam Falcidiam imputari. Quod tamen sic accipiendum est: nisi frater, idemque fideicommissarius debitor jussisset, ut frater Aurelius fideicommissum cum quarta compensaret; quo casu ab initio æstimabitur patrimonium deducto fideicommisso, et totius patrimonii quartam retinebit Aurelius. Hanc quartam compensabit Aurelius cum summa fideicommissi, si quid in fideicommisso amplius est, id de reliquo dodrante detrahet. Hæc sententia Papiniani est in *L. quod bonis*, §. *cum fideic. D. eod.* Eeodem pertinet *L. si deb. D. eod.*

Ad L. Error. 9.

Imp. Gordianus A. Mestriano.

Error facti quartæ ex caussa fideicommissi non retentæ repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: quinetiam si jus ignoraverit, cessat repetitio: PP. XV. Kal. Novemb. Pio et Pontiano Coss.

SUMMARIA.

1. *Si heres, quod ultra dodrantem legatum est, solverit ut debitum, an id repetere possit. Distinguendo respondetur, et num.* 4.
2. *Per errorem facti solvere quis dicatur.*
3. *Heres quibus ex caussis ignoret, supra dodrantem esse legatum.*
5. *Heres sciens legata dodrantem patrimonii excedere, si in jure erret, et legata solida præstet, an per errorem solutum repetere possit.*

QUod supra dodrantem legatum, id ex L. Falcidia indebitum est, et citra controversiam retineri ab herede potest, et si id non habet, potest ab eo vindicari. Quod
1 † si heres id solverit tanquam debitum, quæsitum est, an possit repetere. Hic utilis distinctio traditur, non ad hanc speciem tantum pertinens, sed omnem indebiti soluti repetitionem. Est autem hæc: Si heres per errorem facti solvit, semper repetit, idem in *L. fideicommissum*, *L. si per ignor. supr. de cond. indeb.* Sin aliter solvit, nunquam repetet, quanvis solverit indebitum. Per errorem † facti solvere intelligitur, qui putat 2

supra dodrantem non legatum esse, idest, qui putat non esse factum id, propter quod legatum erat indebitum. Nam cum supra dotrantem legatum est, eo fit, ut quod supra dodrantem legatum est, sit indebitum.
3 Id † autem ignorat heres factum esse, duabus de caussis, vel quod legata tantum apparent testamento relicta quæ vere dodrantem non excedebant: erant autem alia multa relicta codicillis, codicilli autem latebant, qui postea emerserant. Idem etiam contingit hoc modo, si heres noverit, quantum legatum sit, sed multo amplius patrimonium esse putet, atque est: idest, quia ignorat æs alienum, quod postea multo plus emersit. Si in hac ignoratione vel legatorum, vel patrimonii heres legata solvit, quod patrimonii dodrans ad ea solvenda satis esse putaretur, errore facti solvit, ideo repetet; quoniam cum tanquam debitum solverit, sub contraria conditione non solvisse intelligitur, *arg. L. quibus diebus*, §. 2. *de condit. et demonst.* Unde condictio, actio in personam §. 1. *Instit. quib. modis re cont.*
4 Quod † si heres scivit supra dodrantem patrimonii vere legatum esse, et scivit L. Falcidia uti posse, ac nihilominus solida legata solvit, non repetet; quia qui sciens se non debere, solvit, donat, *L. cujus per errorem*, *D. de regul. juris.* Donati nulla repetitio est, *L. si repetendi*, *supr. de condict. ob caussam*, *L. 2. et tot. tit. de revoc. donat. infra.* Quod † idem heres scivit legata dodrantem patrimonii excedere, sed in jure erravit, idest, homo imperitus juris, et nesciens, an ulla sit lex Falcidia, aut quid contineat, putaverit se secundum voluntatem defuncti solida legata præstare debere, quæritur, qui in hoc errore solverit, an possit repetere? Movet, quod non magis hic eo animo est, ut solvat, quam is qui in facto errat, ut si erranti in facto conditio competat ex tacita conventione, consequens esse videatur, etiam in jure erranti dandam esse. Sed placuit erranti in jure repetitionem non dari, ut *hic et L. cum quis*, *supra*, *de jur. et fact. ignor.* Ratio hæc est: quia absurdum putaverunt juris auctores, meliori conditione esse stultos, quam peritos: et stultos vocant eos, non qui jus ignorant, sed cum ignorent, peritos non consulunt, L. 4. L. *regula*, *cir. fin. de jur. et fact. ignor.* 5

Ad L. Qnanquam. 10.

Imp. Gordianus A. Diogenio.

Quamquam pater tuus fratrem tuum rogaverit ut si sine liberis diem suum fungeretur, portionem hereditatis tibi restitueret: tamen intestato eo diem suum functo, id, quod beneficio legis Falcidiæ habere potuit, ad successorem intestati pertinere: ideoque non immerito sororem tuam, quæ simul tecum ab intestato ei successit, emolumenti, quod retinere potuit, portionem sibi vindicare, manifestum est. PP. V. Idus Nov. Gordiano A. II. et Pompeiano Coss.

SUMMARIA.

1. *Species hujus legis.*
2. *Soror an totam portionem paternam restituere fratri debeat, an non possit ejus portionis, quæ ad eam pervenit, quartam retinere.*
3. *Frater defuncti quantum de portione hereditatis paternæ, quam restituere rogatus est, suo jure detrahere possit, et num. 4.*

1 Ex duobus filiis † a patre heredibus institutis, unus rogatus est, ut si sine liberis decederet, portionem hereditatis paternæ fratris suo coheredi restitueret. Is, qui rogatus erat, decessit sine liberis, et ita factus est locus fideicommisso. Sed decessit intestatus: intestato duo heredes exstiterunt, frater alter, quem coheredem esse dixi, et soror demortui, quam et ipse habebat. Certi juris est, in successione ab intestato hereditatem intestati dividi ex æquo inter duos istos heredes legitimos; at in ea hereditate etiam con-

continetur portio hereditatis paternæ, quam alteri fratri restituere debebat, nam prius quam restituta sit, manet in bonis ejus, qui restituere debuit; et quia manet, consequens est, ad heredes ejus pertinere. Hujus igitur portionis pars ad sororem jure pertinet. Sed quoniam heredes in æs alienum defuncti succedunt pro portionibus hereditariis, L. 2. L. *ut debitum, supra, de heredit. actionib.* eo fit, ut soror in proposito portionem ejus portionis hereditatis paternæ, quæ ad eam pervenit restituere debeat fratri suo, tanquam debitam a defuncto.

2 In hac restitutione † quæritur, an soror totam eam portionem paternam restituere fatri debeat, an non possit ejus portionis, quæ ad eam pervenit, quartam retinere? Frater petebat totam eam hereditatis paternæ partem, et negabat sororem posse inde quartam deducere. Et videtur ei ratio non deesse; quia quarta ex Senatusconsulto tribuitur heredi instituto, qui restituere rogatus est, §. *sed quia, Instit. de fideicommiss. hered.* Hæc autem soror nec est ea, quæ rogata est, sed frater ejus defunctus. Porro is, dum vixit, quartam non retinuit: proinde non soror retinere debebit. In hac quæstione hic respondetur, quemadmodum frater defunctus quartam retinere poterat, sic et ejus heredes legitimos de fideicommisso eo similiter quartam retinere posse. Proinde et hanc sororem pro sua portione posse quartam retinere. Hoc respondetur ex conditione et jure heredum. Nam heres ejusdem juris est, cujus et defunctus: heres in omne jus defuncti succedit, *L. hereditas, de regul. juris, L. heres in omne, D. de acquir. heredit.* Hinc introducitur hoc loco quæstio, quantum frater
3 † defuncti de portione hereditatis paternæ, quam restituere rogatus est, possit suo jure detrahere? Et hic Accursius scripsit: Quoties filius heres a patre institutus, rogatus est portionem hereditatis alii restituere, posse filium, itemque heredes ejus deducere duas portiones. I. Portionem legitimam, quæ filio in bonis paternis debetur, quæ olim erat quarta, nunc ex constitutione Novell. triens, aut semis pro numero liberorum, §. 1. *Authent. de triente et semisse.* Deinde hac portione detracta, quæ ab initio detracta intelligitur, dum filius adhuc viveret, in reliquo patrimonio ita fideicommissa, aut legata inde præstare, ut ejus reliqui quartam habere debeat filius, aut heres ejus. Quod reliquum est dodrantis, restitui debeat vel legatariis, vel fideicommissariis: de qua sententia paucis nobis cognoscendum est.

Si de jure civili quæritur, dubitari non debet, quin filius rogatus restituere hereditatis paternæ portionem, debeat esse contentus portione legitima, quæ debetur filiis, quæ olim fuit quarta, *L. Papinianus §. quarta, D. de inoffic. testam.* nunc triens, *ex Novel. Justin. de triente et semisse*, §. 1. et hac deducta, quin non possit amplius habere ex Senatusconsulto quartam Trebelliani. Hæc sententia multis argumentis confirmari solet, sed magna ex parte infirmis. Hæc, quæ subjicio, certa sunt, et esse debent ex omnibus. Primum, expressum est in L. *jubemus, supra ad Trebellian.* ubi filius rogatus est restituere portionem hereditatis paternæ fratribus suis; et nominatim constituitur, eum retenta quarta ex Senatusconsulti auctoritate, dodrantem illius portionis paternæ restituere cogendum. Non restitueret dodrantem, si amplius aliam quartam retineret. Sed certius est expressa eadem sententia in *Novell.* 39. *de restitut. et ea, quæ parit.* 11. *mens. §. quamobrem*, ubi cavetur diserte, si pater velit a filio hereditatem suam restitui, filium in primis habere debere trientem hereditatis paternæ, ex qua filius est institutus; reliquum totum restituere debere, nec posse quicquam filium ex eo retinere, si triens, quem habet, sufficiat ad dotem, aut donationem propter nuptias: de eo, quod restat nihil detrahi posse. Ex quo perspicuum est, si filius aut nullam dotem, aut donationem propter nuptias habeat; aut debeat quidem, sed portio legitima ad eas res præstandas sufficiat, nihil filium præter trientem retinere posse. Et in summa, si quid filius præter trientem retinere potest, id non est quarta ex Senatusconsulto, sed dos, dixi, aut donatio propter nuptias, ad quas præstandas triens non sufficiat.

Sed ut hæ auctoritates certorum locorum nos deficiant, hæc sententia diserte probatur ratione sumpta ex L. Falcidia et Senatusconsulto Trebelliano. Certum est, heredem, qui quartam hereditatis habet vel jure hereditario vel judicio testatoris, quartam ex Senatusconsulto retinere non posse, quia habet, *L. 1. vers. secundo cap. L. quod supra, D. ad L. Falcid.* At filius a patre heres institutus, qui trientem jure naturæ debitum retinet, is non solum quartam habet, sed amplius etiam unam unciam, proinde quartam ex Senatusconsulto amplius retinere non potest: Filium autem heredem institutum certum est eum trientem, quem retinet, habere, et judicio defuncti, et jure hereditario. Nam non solum illi hereditas judicio defuncti delata est, sed

etiam

etiam ita delata est, ut esset heres, et cum trientem retinet, non retinet, nisi jure hereditatis, quia Senatusconsultum facit, ut non videatur filius de eo triente restituendo rogatus esse; aut saltem de quarta restituenda, quoniam legatum et fideicommissum per Legem Falcidiam ipso jure minuitur usque ad quadrantem hereditatis, L. *in quantitate patrimonii*, §. *ult. D. ad L. Falcid.* Veruntamen contraria sententia suos defensores et assertores habet. Non dubium est quin confirmata sit jure Pontificio; quæ sententia exstat Innocentii in *cap. Raynutius de testam.* Non desunt tamen, qui eam sententiam jure civili probari putent, in quibus est Accursius ad legem hanc. Qui duobus utitur argumentis, sed frivolis.

Accursius sic argumentatur. Triens natura debitus filio non potest fideicommisso onerari; quia de legitima omne jus et gravamen subducitur, *L. quoniam in prioribus*, *L. scimus*, *D. de inoffic. testam.* Cum ergo filius heres institutus rogatus est hereditatem paternam restituere, perinde est, quasi de triente natura debito restituendo rogatus non esset. Ex quo colligit de reliquo patrimonio restituendo filium rogatum videri, proinde et ejus patrimonii reliqui quartam retinere non posse.

Respondeo: Vitiosissime colligit: Nam et cum heres extraneus oneratus est legatis supra dodrantem. Item, cum rogatus est hereditatem restituere, videtur de quarta parte hereditatis nihil a testatore constitutum: nam hæc quarta retinetur ipso jure, quasi nec legata, aut fideicommissa esset, dicta *L. in quantitate*, §. *ult. D. eod.* Et tamen cum heres hanc quartam habet, de reliquo dodrante deduci nihil potest. Præterea hoc argumentum adversus auctores facit; sic enim colligi debet: cum filius rogatus est portionem hereditatis restituere, non videtur rogatus de triente restituendo. Ergo eum trientem filius solum habet: si habet, consequens est eum amplius quarta hereditatis consequi non posse, qui quartam habet, et amplius. Deinde Accursius argumentum ducit ex *L. quoties*, *D. eod.* ubi si quid legatum sit ei, qui capere non poterat et contributis omnibus legatis reperiatur supra dodrantem legatum esse: placet in hoc legato, quod non capienti relinquitur, sic poni rationem L. Falcidiæ, ut Primo heres portionem Falcidiæ ex hoc legato detrahat, deinde ex reliquo dodrante ejus legati detrahat eam portionem, quam legatarius capere non potest. Respondeo: Exemplum ad rem plane nihil pertinet. Nam hoc exemplo heres non retinet, nisi unam quartam, quæ ex L. Falcidia ei debetur. Quod amplius retinet ex dodrante, non sibi, sed fisco retinet. Deinde non retinet, tanquam sibi debitum, sed tanquam ei legatum.

Multæ præterea rationes ab aliis in hanc sententiam colliguntur. Sed omnes ejusmodi, quæ nullo negotio refelli possunt. Una est tamen ratio pro ea sententia, quæ magnam speciem veri, et æquitatis habet. Ea nobis erit una pro omnibus. Est autem hæc: cum heres rogatus est restituere hereditatem, sic ratio L. Falcidiæ, ponitur certo et explorato jure, ut heres rogatus ante deducat, quod sibi a defuncto debebatur: quod reliquum est patrimonii, id solum patrimonium defuncti esse existimatur. In eoque id observatur, ut heres ejus reliquam partem habere debeat, reliquum dodrantis præstare legatariis, aut fideicommissariis. *L. irritum*, *supra h. t.* §. *ult. Institut. ad L. Falcid.* At triens et tota ea portio legitima, quam filius, ut filius habere debet, est debitum filii, quod a patre filio debetur, et quidem jure naturali, ut probatur in *L. ult. de bon. damnat. in Novell.* 1. *de hered. et Falcid.* §. *patrimonium itaque.*

Proinde, cum filius institutus rogatus erit restituere paternam hereditatem, secundum regulam supra scriptam, ante omnia deducere debebit trientem sibi natura debitum; deinde in reliquo ita ponitur L. Falcidia, ut ex eo reliquo quartam retineat, et quod reliquum est dodrantis, fideicommissario restituat. Hæc ratio infirmari non potest, si statuimus trientem legitimum, qui filio debetur, esse ex numero reliquorum debitorum hereditariorum. Sed hic respondebitur recte ex jure civili, quod dicitur in ratione L. Falcidiæ ineunda aut deduci æs alienum, quod heredi debetur, id intelligendum est, si quod sit debitum, ut a defuncto, aut herede debeatur. At si est aliquid, quod tribuatur jure heredi, non a persona defuncti, aut hereditatis, id ante omnia non deducitur, aut si deducitur, ex reliquo patrimonio nihil deducitur amplius. Argumento est certissimo quarta, quæ ex L. Falcidia debetur: item quæ ex Senatusconsulto debetur. Nam hæc L. quoque et Senatusconsulto debetur, itidem ut portio legitima debetur lege naturæ liberis; et tamen cum heres hanc quartam semel deducit, quæ ex legibus et Senatusconsultis debetur, in reliquo dodrante nihil amplius deducere potest.

Veruntamen ad hanc responsionem hoc refer-

ferri potest, diversam esse caussam quartæ, quæ ex L. Falcidia retinetur, et portionis legitimæ, quæ filio debetur. Nam quarta Falcidiæ tantum jure civili debetur: portio debita liberis naturali ratione debetur, et legibus naturæ: ut consequens sit, plus in ea debitum esse, quam cæteris, dicta L. *ult. D. de bon. damnat.* Et verisimile est hac ratione motum Innocentium superiorem sententiam comprobasse in *d. cap. Raynutius.* Et certe si hoc conceditur, portionem legitimam, quæ debetur liberis, vere debitum esse patrimonii, nihil caussæ dici potest, quin prius hunc trientem filius retineat, tanquam æs alienum. In reliquo autem patrimonio recte retineat ex *d.* L. *irritum, supra.*

Sed et eadem principio posita argumenta, quæ in priorem sententiam afferebantur, facile diluuntur. Non obstat, quod dicitur filium rogatum restituere portionem hereditatis paternæ, restituere debere dodrantem ejus hereditatis, deducta solum quarta, L. *jubemus, supr. ad Trebell. et similibus locis.* Fatebimur enim hoc ita esse; sed respondebimus, portionem hereditatis paternæ æstimandam esse deducto prius ære alieno, quod filio debetur. In eo autem ære esse trientem filio natura debitum in successione patris. Hoc triente deducto æris alieni loco, quod supererit, erit hereditas, cujus detracta quarta dodrantem restituere cogetur.

Non obstat etiam, quod dicitur, heredem, qui quartam hereditatis habet, non posse quartam ex Senatusconsulto, aut L. Falcidia retinere; quia habet, quod petit. Hoc enim ita est, si heres quartam habeat jure hereditario, aut judicio defuncti, L. *in quartam, D. eod.* At portio hereditatis debita, idest, triens ille, de quo loquimur, non accipitur a filio jure hereditario, aut judicio defuncti, sed tanquam debitum. Idcirco in eadem caussa haberi debet cum reliquis, quæ filio debentur, ut scilicet in æstimando patrimonio defuncti patris hoc debitum ante omnia deducatur. Deinde quod supersit, existimetur esse hereditas patris. Non accipi autem hunc trientem jure fideicommissario, aut judicio defuncti, sed tanquam debitum, argumento est, quod filius idem etiam haberet ab intestato, et multo plus. Non obstat etiam, quod quidam objiciunt: Natura absurdum esse, ut quæ quartæ dicantur ex eadem hereditate detrahi posse, et nihilominus his detractis, dicatur dodrans restitui.

Facilis enim hic responsio est, admissa ea ratione, quam supra posuimus. Nam triens natura filio debitus, non ut quarta hereditatis deducitur, sed ut æs alienum, ita ut filius deducendo trientem æris alieni loco, et ex reliqua substantia detrahendo quartam, intelligatur unam tantum quartam habere hereditatis paternæ, sed quæ æstimata sit prius deducto ære alieno.

Quid igitur in hac varietate juris nobis sequendum est? Respondeo, Melius est, eam sententiam sequi, quæ confirmata est *in cap. Raynutius, de testam.* Idque his de caussis. Primo, quia præterquam, quod confirmata est ejus *cap.* auctoritate: etiam in usu et foro ita obtinuit, ut fere ubique servetur. Qua ex re fit, ut sit multo tutius non se vexare inanibus sumptibus adversus eam sententiam. Deinde, quia etsi hæc sententia non esset ex jure civili: tamen non eo minus æqua et benigna est, et benignior, quam prior. Nam ea demum sententia benignissima et æquissima putanda est, quæ naturæ rationem et legem sequitur, *L. penult. D. de instit. et jur.*

At ratio naturalis, tanquam naturæ lex tacita, successionem parentum liberis tanquam debitam tribuit, ut est in *L. ult. de bon. damnat.* Proinde ea sententia æquissima judicanda est, quæ parentum hereditatem quam maxime et prolixissime liberis retinet, qualis est sententia superior de triente non debito prius deducendo, deinde de quarta reliquæ sententiæ detrahenda. Postremo etiam ex ratione civili ea sententia admittenda est. Etsi enim non sit explorati juris civilis ea sententia, sed multa contra ex jure civili dici possint; tamen superior ratio, quam pro ea sententia adduximus, hoc saltem facit, ut res in dubitationem, et ambiguitatem revocetur. In dubiis autem etiam jure civili placet benigniorem sententiam præferendam esse, L. *si fuerit legatum, in fin. de reb. dub. L. semper in dubiis, de reg. jur.* Et autem sententia humanior et benignior est, quæ pro liberis facit.

Hac † sententia admissa propter eam rationem, quam supra adduximus, dicendum 4
est non tantum filium, qui rogatus est, restituere portionem hereditatis paternæ, posse ita deducere trientem, ut supra dixi, deinde reliquæ substantiæ quartam, tunc, cum rogatus est hereditatem restituere, sub conditione, si sine liberis decesserit, ut Accursius existimavit, hoc loco: sed etiam filio rogato idem tribuendum esse, etsi rogatus sit pure portionem hereditatis paternæ restituere, contra distinctionem Accursii hoc loco. Nam semper verum erit filium rogatum posse deducere trientem, ut sibi natura debitum: quo deducto, consequens erit reliquum patrimonium ita pos-

posse restitui, ut inde filius possit deducere quartam ex Senatusconsulto, *L. irritum. supr.*

Hac sententia quæsitum est, quantum in duabus illis deductionibus, quas filio tribuimus, filius deducere debeat, et de triente convenit inter omnes, tunc ex tota hereditate detrahi: de quarta quæ amplius ex SC. deduci debet, quæstio est: quidam putant præter quatuor uncias hereditatis, quas filius jam retinuit habere eum debere ejusdem hereditatis uncias tres, ut sic totius hereditatis, ex qua institutus est, habeat 7. uncias, quinque tantum restituat. Sed hæc sententia merito displicuit, quia triens, qui primus deducitur, non ut quarta deducitur, sed ut æs alienum et debitum filii; Secundum quam sententiam hujus deductionis ratio ita ineunda est ex sententia L. *irritum sup.* Filius ante quatuor uncias hereditatis deducit: id quod reliquum est, dividetur in duodecim uncias, ex quibus filius tres accipit, reliquum dodrantem restituit. Aut quod idem est, deductis quatuor unciis, ex tota hereditate, relinquitur bes hereditatis, idest, 8. unciæ, ex quibus filius quartam partem tantum habebit, idest, duas, ut sic ea tota hereditate auferat 6. uncias tantum, non septem. Neque nos movere debet ratio eorum, qui 7 uncias filio tribuunt. Dicunt enim, filio tribuendam esse quartam totius portionis paternæ. Portio autem quarta totius hereditatis paternæ non sunt duæ unciæ, sed triens. Respondemus enim verum esse, filio tribuendam esse quartam totius portionis paternæ. Sed jam diximus, hanc portionem paternam non æstimari computato adhuc triente, quia natura filio debetur, sed computari eo triente ante deducto, ut ære alieno: quod reliquum est, id totam portionem paternam existimari debere.

Ad L. Si ut allegas. 11.

Imp. Gordianus A. Maximæ.

Si (ut allegas) pater tuus eam portionem, ex qua te facit heredem, fratribus tuis restituere jussit, certisque speciebus pro Falcidia præcepit esse contentam: auxilium legis Falcidiæ, quod imploras, apud suum judicem non prohiberis flagitare. PP. VII. Kalend. Novemb. Arriano et Pappo Coss.

SUMMARIA.

1. *Filia heres instituta et rogata restituere portionem paternam fratribus, quartam ita retinet, ut testator prohibere non possit, quo minus retineat.*
2. *An idem post contrariam Justiniani constitutionem locum habeat.*

1 Filia † a patre instituta, et rogata restituere portionem paternam fratribus, quartam ita retinere potest, ut testator prohibere non possit, quo minus eam retineat, sive in totum prohibeat, sive pro ea quarta aliquid filiæ attribuerit, ut hic. Non quod non debeat in quartam imputari id, quod a defuncto tribuitur, *L. in quartam*, *D. eod.* sed quod si id ad quartam non sufficit, possit filia, quod amplius est, ex Senatusconsulto deducere, vel petere, quod Senatusconsultum hic appellatur Falcidia, quia Senatusconsulto permissum est, ut quarta ex fideicommissa hereditate ita deducatur, uti per L. Falcidiam de legatis deducere concessum est, ut docuimus *ad L. jubemus, sup. ad Trebell.* Hæc sententia ex jure veteri certa est, quo jure testator contra L. Falcidiam non potuit cavere, ne quarta portio hereditatis apud heredem maneret, L. *quod bonis.* §. 1. *L. si debitor*, *D. cod.* Quid † dicemus 2
hodie, post constitutionem Justiniani, qua cautum est, licere testatori prohibere, ne portio ex L. Falcidia deducatur. *Auth. sed cum testator, sup. eod.* Respond. si hanc quartam intelligimus eam portionem, quæ filiæ natura debetur ex successione patris, hanc testator prohibere non potest. *L. quoniam in priorib*, L. *Scimus*, *sup. de inoffic. testam.* Nec constitutio nova Justiniani ad eam portionem pertinet. Hæc enim portio, ut naturæ jure debita deducitur, non ex L. Falcidia.

dia. Deinde eadem *Novella*, *de hered. et Falcid.* §. *pen.* declaratur libertum non posse testamento suo prohibere, quominus patronus quartam sibi debitam habeat. Plus autem juris est filiis in ea portione, quæ illis in successione patris natura debetur. Quod si præter hanc portionem filia etiam deducere volet de reliquo patrimonio quartam, ex Senatusconsulto, ut facere posse eam diximus, *ex c. Raynutius*, *de testam.* puto patri licere ex Novel. constitutione hanc quartam partem prohibere.

Non obstat, quod Novella constitutio scripta est de Falcidia prohibenda, hic autem agitur de quarta Trebell. nempe quæ ex fideicommissa hereditate deducitur. Etsi enim verum est, quod in prioribus legibus nominatim correctum non est, id posteriorum legum regulis permittendum esse. L. *præcipimus*, *in fin. infr. de appellationib.* tamen verbo Falcidiæ, quo Novella utitur, satis continetur quarta, quæ retinetur ex Senatusconsulto. Nam et hæc Falcidia appellatur nominatim in hac L. item in L. *jubemus*, *supr. ad Trebel.* de quo illic plura. Deinde ratio Iustiniani in Novel. constit. cur velit posse prohiberi deductionem Falcidiæ, est hæc, ut voluntas defuncti conservetur, *d. Novell.* 1. §. *hinc nobis.* Hæc ratio pariter in quarta Trebellianica locum habet. Postremo major caussa est, cur testator possit deducere quartam Trebellian. quam quartam Falcidiam quæ deducitur ex singulis legatis. Nam Falcidiæ quarta prohibita, licet heredi, hereditatem non adire; Trebelliana etiam prohibita, non licet heredi hereditatem non adire. Quisquis enim heres rogatur restituere hereditatem, is etiam adire cogitur et restituere, ut sup. tit. dixi. Multo igitur faciliũs, et hujus deductio prohiberi potest a testatore.

Ad L. In donationibus. 12.

Impp. Dioclet. et Maximianus AA. Justino.

In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus funguntur, nonnullis juris placitis comprehensum est. PP. XVI. Kal. Jul. ipsis AA. IV. et III. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Donationes, quæ inter præsentes factæ morte solum testatoris confirmantur, vicem legatorum obtinet, et in iis Falcidia locum habet.*

1 QUæcumque † donatione inter præsentes factæ morte solum donatoris confirmantur, hæ vicem legatorum obtinent; quæ et ipsa solum morte confirmantur. Eadem ratione fit, ut in iis donationibus itidem, ut in legatis Falcidia locum habeat, idest, hæ donationes in numero legatorum computentur, cum quæritur, quantum legatum sit, et an legatum sit supra dodrantem. Item ut ex iis, tanquam ex legatis deduci possit, quod dodrantem patrimonii excedit, ex Falcidia. Exemplo est donatio caussa mortis, de qua in L. *si mortis*, *infr.* item donatio inter virum et uxorem, de qua *h. t.* Hujusmodi donationes ipso jure non valent. L. 1. 2. 3. *D. de donat. inter vir. et uxor.* Sed tamen nisi a donatore revocatæ sint, morte ejus confirmantur, *L. cum hic status*, §. 1. *de donat. inter vir. et uxor.* Unde et L. Falcidiæ locus, ut ibidem scriptum est.

Ad L.

Ad. L. Si ea. 13.

Iidem AA. et CC. Zetho.

Si ea, cujus filium tuum servum significas, ex judicio defuncti, quem dicis fideicommissariam libertatem ei reliquisse, aliquid consecuta est: ad restituendam fideicommissariam libertatem non immerito obnoxia constituta debet urgeri. Nam fideicommissum ei relictum usque ad eum modum potest petere, quem deducto pretio servorum, quos fuerat rogata manumittere, relictorum substantia patitur. S. V. Kalend. Maji, Heracliæ, AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Titia rogata, ut servos per fideicommissum sibi relictos, et amplius servum quendam proprium manumittat, an fideicommisso agnito cogenda sit manumitere.*
2. *Quatenus servos sibi legatos petere possit.*
3. *Error interpretum hujus loci notatur.*

TEstator servos quosdam suos per fideicommissum legavit Titiæ, et rogavit eam, ut servos manumitteret; hoc amplius, ut manumitteret servum quendam suum proprium, qui erat filius naturalis Seji, cujus ad consultationem hoc rescriptum relatum. Titia fideicommissum servorum agnovit, neque postea servum suum proprium manumisit, ut rogata erat manumittere: urget pater naturalis Sejus, ut manumittat.

1 Quæsitum † est, an debeat manumittere? Nam videbatur cogenda esse manumittere. Nam qui ex testamento defuncti nihil accipit, ab eo nihil relinqui potest, §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideicommiss. rel. L. ab eod. supr. de fideicom.* Hæc autem mulier ex testamento capere nihil videtur. Proinde rogari non potest, ut quicquam præstet. Non videri autem eam quicquam capere, probatur ex definitione capiendi. Nam capere non est manu capere tantum, sed cum effectu, idest, capere, ut maneat. Capere enim, quod restituere opus habet, non est capere, L. *aliud est capere, de verb. sign.* In proposito autem mulier servos per fideicommissum relictos ita capit, ut debeat manumittere, proinde capere non videtur. Quare nec propter id fideicommissum, quicquam ab ea relinqui potest, ultra servos legatos. Hic respondetur eam manumittere cogendam servum, quæ servos per fideicommissum relictos agnovit, etiamsi eos manumittere sit rogata. Et recte respondetur, et secundum regulam eam, quæ obstare videbatur. Nam etiamsi servos relictos manumittere debeat; tamen non eo minus in his aliquid capere intelligitur. Nam manumissos habitura est libertos, et ita consecutura in his jus patronatus. Quod jus hæc commoda secum affert, obsequium a libertis debitum, operas item officiales, et præterea jus succedendi liberto ad eum modum, qui constitutus est legibus. De obsequio est *sub tit. de obseq. a libert.* De operis est *sub tit. Inst. de success. liber.*

Hinc colligimus: quicquid est, quod ad aliquem pervenit testamento, id ejusmodi esse, ut qui in eo voluntatem defuncti agnovit, cogendus sit, servum atque adeo servos suos manumittere, quemcunque ab eo testatore manumittere est rogatus, etiamsi servi manumittendi multo sint pluris, quam id, quod accipitur, quoniam legatarius voluntatem defuncti agnovit etiam in minimo relicto, non videtur servos suos pluris manumisisse, L. *sed si non servus, D. eod. L. generaliter*, §. *si quis alienum*, *L. si debitor, de fideicommiss. libert.*

Quæsitum † est amplius, quatenus Titia legataria possit petere servos sibi legatos, quos manumittere rogata est? Respondetur, eam petere posse ad eum modum, quem relictorum substantia patitur, idest, potest petere fideicommissum horum servorum in solidum. Et hoc est, quod dicitur, L. Falcidiam non minuere libertates. L. *si universæ, supr. de legat. L. Papin.* §. 4. *D. inoffic. testam.* Servi autem in proposito per fideicommissum relicti, sunt relicti manumissionis caussa, 2

proin-

proinde in solidum præstantur, *L. in testatoris* 34. *et* L. *seq. D. eod.* Sed additur in hoc rescripto ita præstare solidum hoc fideicommissum ut ante deducantur pretia horum servorum, quos Titia manumittere rogata est: quod fit ex verbis L. Falcidiæ ex qua patrimonium æstimatur, deductis prius pretiis servorum manumissorum, §. *ult. Inst. h. t.*

3 Vulgo † graviter erratur in interpretatione hujus loci, quod fideicommissum hoc, cujus hic fit mentio, interpretentur fideicommissum pecuniarium, seu pecuniam relictam Titiæ eo modo, ut servum suum manumitteret, et præterea ex eo pretio alios servos redimeret, quos rogata est manumittere.

Primo de servis alienis redimendis nullum hic verbum est: deinde pecuniam esse relictam in hoc, ut legatarius aliquos manumittat, Falcidia non patitur: idest, non præstatur ad eum modum, quem bonorum substantia patitur, sed quem dodrantis substantia patitur. *d.* L. *in testatoris*, *et L. seq. eo.* Quod est conveniens verbis hujus rescripti.

Ad L. Licet adieris 14.

Iidem. AA. et CC. Faustinæ.

Licet adieris patris hereditatem, et confusione pro parte, qua eidem successeris, extinguatur actio, quam tibi adseris competere, eo quod ex administratione tutelæ, multa eum debuisse contendis: pro residuis tamen partibus coheredes convenire non prohiberis: et fundum a te relictum eatenus, quoad deducta quarta residui substantia patitur, præstare necesse habes. Dat. VI. Kalend. Octob. Viminacii. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Creditore testatoris a testatore pro parte herede instituto, jusso prædium suum restituere Titio, sive extraneo, sive coheredi, quantum debito a coherede vel ab alio creditor hic de debito consequi possit.*

Creditor testatoris institutus est a testatore heres pro parte. Idem jussus est prædium suum restituere Titio, sive is ex-
1 traneus est, sive coheres. Quæritur † de debito hujus creditoris, quantum de eo consequi possit? Respondetur primo, posse eum citra omnem controversiam partem hereditariam a coherede petere: quia pro ea parte actio vetus confusa non sit, reliquam autem partem, pro qua ipse heres testatoris exstitit, eum petere a coherede nullo modo posse. Quod duabus de caussis recte respondetur. I. Quia hæc portio jam amplius non debetur, ut consequens sit, eam neque ab herede, neque ab ullo alio peti posse. Nam pro ea parte obligatio tollitur confusione; quoniam nemo idem creditor et debitor esse potest. *L. pen. sup. de hered. act.* L. *uxor. inf. de bon. auct. jud poss.* Sed quam partem hic heres a coherede accipit, eam retinere potest adversus legatarium, et hoc modo salvam habere; idque est, quod significatur extremis hujus rescripti verbis per adversativam. Nam in extremis dicitur, *debere eum præstare legatum a se relictum scilicet, quoad deducta quarta, quantitas patrimonii patitur.* Quibus verbis duo significantur. I. Hunc heredem, a quo supra dodrantem portionis ejus legatum est, deducere posse quartam suæ portionis, idque est, quod dicitur, in singulis rationibus rationem Falcidiæ ponendam esse, §. 1. *h. t.* Alterum iisdem verbis significatur, ita quartam hanc ex L. Falcidia deduci, ut heres prius deducat æs alienum, nisi quod ei a defuncto debeatur. L. *in imponenda*, *sup.* Quo fit, ut hic heres portionem debiti, quam a coherede exigere non poterat; tamen in ratione Falcidiæ ponenda, ponat, et deducat adversus legatarios, dein reliquum ita partiatur, ut retineat quartam, dodrantem restituat.

Ad L.

Ad L. Si prædiorum dotis. 15.

Iidem AA. et CC. Pomponio.

Si prædiorum dotis apud te jure remanentis instrumenta verbis præcariis, vel testamento, vel codicillis uxor tibi dari mandavit, ejus judicium successores implere compellentur: cum instrumentis prædiorum domino relictis, Falcidiæ nulla possit intervenire quæstio. Supposita XVI. Kalen. Febr. Sirmii CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Dos quando soluto matrimonio mulieri, aut heredibus restituenda sit.*
2. *An ex legato instrumentorum Falcidia quoque detrahi possit.*

SOluto matrimonio dos mulieri, aut heredibus restituenda est, L. 2. *D. so-*
1 *lut. matrim.* Sed hoc † ita, nisi in dote danda convenerit, ut vel susceptis liberis, vel mortua in matrimonio uxore, dos maneat penes maritum, *L.* 2. *et L. si pater*, *de pactis dotalib.* Cum forte ejusmodi pactio inter maritum et uxorem intervenisset, ex qua predia dotalia apud maritum manere deberent: uxor decedens legavit marito suo instrumenta eorum prædiorum, id est, tabulas et literas, quibus origo emptionis et acquisitionis eorum prædiorum continebatur. Hoc ideo recte fit ab uxore; quia nisi hæc instrumenta marito legentur, non sunt mariti, tametsi maritus prædiorum sit dominus, *L. instrumenta*, *sup. de fideicommis.* Quæsitum est, cum tantum legatum esset ab u-
2 xore, ut locus esset legi Falcidiæ, an † ex hoc quoque legato instrumentorum Falcidia detrahi possit secundum verba L. *potest*, *D. eod.* Nam legata sunt; et L. Falcidia omnia legata minuuntur, si dodrantem excedant, ut supra diximus. Hic respondetur, quod horum instrumentorum nulla sit æstimatio, et proinde non sint in computationem legatorum æstimanda. Nam pretia rerum cum aliis in caussis, tum præcipue circa L. Falcidiam non ex affectu cujusquam æstimantur, veluti si dicat heres, *se nolle istiusmodi instrumentis carere pro* 10. *aureis h. t.* Sed æstimantur revera communi hominum æstimatione. L. *quia*, *D. eod.* At pretia instrumentorum, si quis aliis velit vendere, nullo pretio æstimantur, quia aliis omnibus sunt inutilia: proinde nullo modo æstimanda. Recte quoque hanc rationem Accursius reddit, cur non debeat ex his instrumentis quarta detrahi, quia ea quarta heredi sit inutilis, legatario prosit ut consequens sit, heredem non posse eam quartam retinere, nisi ut officiat legatario. Præclare autem scriptum est a Celso, malitiis non esse indulgendum, *L. in fundo*, *de rei vindicat.*

Ad L.

Ad L. Successores. 16.

Iidem AA. et CC. Diomedi.

Successores legata, vel fideicommissa, si æs alienum hereditarium defuncti substantiæ fines occupaverit, legis Falcidiæ jussio peti, item Trebelliani Senatusconsulti præceptum exigi non concedit. S. XVI. Kalend. Febr. Sirmii AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Heres adita hereditate suscipit omnia onera hereditaria una cum commodis.*
2. *Onerum hereditariorum duo genera.*
3. *Quomodo æri alieno et legatis heres obstringatur.*
4. *Æs alienum si sit tantum, ut hoc dissoluto in patrimonio nihil supersit, legatorum nomine nihil debetur.*

1 Heres † hereditate suscepta, suscipit omnia onera hereditaria, una cum commodis *L.* 1. 2. *sup. de bon. poss.* Onerum † hereditariorum duo sunt genera, æs
2 alienum defuncti et legata. His oneribus obstringitur heres, sed dissimiliter jure veteri.
3 Nam æri † alieno obligatur in solidum: legata autem non præstantur ultra vires cujusque patrimonii, ut hic est scriptum, et L. 7. §. *denique ad Trebell.* 1. §. *in quibusdam*, *D. si cui plus, quam per* L. *Falcid. lib. etc.* Id efficitur et L. Falcidia et Senatusconsulto Trebell. Proinde neque ab herede legata supra vires patrimonii exigi possunt, neque possunt a fideicommissario, cui restituta est hereditas. Efficitur hoc L. Falcidia, quæ si non patitur legata præstari ultra dodrantem hereditatis; multo igitur minus patitur ea præstari, ultra vires ejus patrimonii. Idem efficitur Senatusconsulto. Quod si de Pegasiano veteri intelligimus, quarta ex eo Senatusconsulto deducitur, ut deducitur, ex L. Falcidia, §. *sed quia hereditas*, *Inst. de fideicom. hered.* Sin intelligimus de Senatusconsulto Trebell. vetere, hoc SC. non transferuntur actiones in fideicommissarium, nisi quæ, et quatenus in heredem competebant. Legatorum autem petitio ultra dodrantem non competit.

Hinc † consequens est, quod *in princ.* 4
hic dicitur, si tantum sit æs alienum defuncti, ut hoc dissoluto nihil in patrimonio supersit, legatorum nomine nihil deberi, idem in L. *si universæ*, *supr. de legat.* scilicet: quia in legatis præstandis ex L. Falcidia patrimonium æstimatur; deducto prius ære alieno, ut si quid supersit, ejus quartam heres habeat, si nihil supersit, nihil præstare debeat, §. *ult. Inst. eod. tit.* Sed hæc jure veteri ita sunt: constitutionibus autem Justiniani, quæ scriptæ sunt de inventario ab heredibus faciendo, in totum a jure hoc recessum est. Nam si heres inventarium facit, non tenetur creditoribus ultra vires patrimonii. Si non facit, aut non ita facit, ut ex illis constitutionibus oportet, non solum æri alieno in solidum obligatur, ut ante, sed etiam legatis ultra vires patrimonii, *Authent. sed cum testator*, *in fin. supr. eod.* L. *ult. supr. de jure delib.*

Ad L.

Ad L. A. coheredibus. 17.

Iidem AA. et CC. Cajo.

A coheredibus relicta legata, quatenus modus Legis Falcidiæ præstitutus patitur, posse peti, certissimi juris est. Suppos. V. Kalend. Novemb. Anchiali. CC. Coss.

SUMMARIA

1. *Relictum heredi a coherede quatenus debeatur.*

2. *An in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda sit.*

HEredi a seipso legari non potest; quia non est, qui ei legatum præstet. Heredi a coherede recte relinquitur legatum; quia est, qui illi legatum dare possit. L. *legatum*, §. 1. *de legat.* 1. Posterior pars hujus definitionis hic constituitur; et hic quæritur, 1 quod a † coherede heredi relictum est, quatenus debeatur, exempli gratia, qui quadringenta habebat in bonis, duos instituit heredes, Primum et Secundum, ex æquis partibus, Primum jussit Secundo 200. dare. Hic duo quærimus. I. An Primus 200. præstare debeat, si nulla esset L. Falcidia. Movet quæstionem; quia onera hereditaria dividuntur inter heredes pro portionibus hereditariis *L.* 2. *sup. de hered. act.* Hujusmodi onus videtur esse legatum a Primo relictum, ut proinde videatur Primus ex 200. ab eo relictis 100. debere duntaxat, ut portionem legati, ubi pro portione heres est. Hic respondetur 200. deberi, ut legata sunt a Primo: nihil ad rem pertinet, quod dicitur onera hereditaria dividi inter heredes, pro portione hereditaria. Hoc enim de ære alieno defuncti intelligendum est, ex quo prius tenebatur, L. *ea*, *quæ*, *sup. famil. ercisc.* L. *debitorum*, *de pact.* diversa caussa est legati. Nam quantum cuique relictum est testamento, tantum ab eo relinqui potest, §. 1. *Inst. de sing. reb.* L. 4. *et* 6. *de legat.* 3. et hæc ita sunt, si L. Falcidia non interveniat, idest, si supra dodrantem portionis hereditariæ legata relicta non sint. Quid ergo, si supra dodrantem ejus portionis relicta sint, ut in specie proposita contigit? Et placet heredem L. Falcidia bono fine usurum pro portione sua.

Hæc est illa vetus quæstio, † an in singulis heredibus ratio L. Falcidiæ ponenda 2 sit: quod prima ratione non videtur, ut in exemplo a nobis proposito. Nam a Secundo herede nulla legata relicta sunt: ita fit ut amplius, quam quarta hereditatis apud unum heredem maneat; manet enim semis integer apud secundum. Videtur autem L. Falcidiæ satisfactum, si testator quartam hereditatis integram reliquit, vel apud omnes. Quod si recipitur, consequens erit, Primum heredem in specie proposita detrahere de legatis a se relictis nihil posse, quanvis ea ejus portionem exhauriant. Sed placuit, ut dixi, in singulis heredibus rationem L. Falcidiæ ponendam esse, idest, si tantum a singulis legatum sit, ut dodrans portionis hereditariæ excedatur: quantum ultra dodrantem erit, tantum de legatis singulorum decedet, L. *in singulis*, D. *eod.* §. 1. *Inst. de L. Falcid.* Quæ sententia efficitur verbis L. Falcidiæ. Nam in secundo capite non dicitur, cum ita deducitur de legatis, ne minus, quam quartam hereditatis partem unus heres habeat, sed ne minus, quam quartam partem hereditatis heredes capiant. Quibus verbis exigitur, ut quarta apud universos heredes maneat: proinde ut maneat apud singulas portiones.

Ad L.

Ad L. Si quis penult.

Imp. Justinianus. A. Joanni *Præfecto prætorio.*

Si quis quadringentorum forte solidorum habens substantiam, jusserit, heredem non aliter adire hereditatem, nisi prius trecentos octoginta solidos cuidam persolvat, vel aliam quantitatem, quæ deminuere Falcidiæ rationem potest: sancimus heredem, si adierit, legis Falcidiæ beneficio sustentatum, replere quidem quod ad Falcidiam deest: et prius eo dato, vel retento, sive una datio est, quæ celebrari disposita fuerit, sive in multas dividitur personas, præfatæ legis immutilatum habere beneficium. Si enim cum mortis caussa donatio procedat, et hæc modum legis Falcidiæ excedat, heres post aditionem repetit eam pecuniam, quæ ultra modum legis Falcidiæ corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit: quare non in præsenti casu et viventibus, et morientibus providemus, et eorum ultima elogia conservantes, et commodum hereditarium non minuentes? Dat. Kal. Novemb. Constantinop. post Consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Conditio, quæ fit conditionis implendæ caussa, an lege Falcidia minuatur, ut legatum.*
2. *Heres institutus sub conditione, si* 500. *dederit, an cogatur ab initio totam eam summam præstare, ut fiat heres, postea detracturus Falcidiam; an vero ab initio possit detrahere* 80. *et* 300. *præstando fiat heres.*
3. *Conditionis implendæ caussa quæ capiuntur, an imputentur in quartam.*

CUm quæritur, an supra dodrantem legatum sit, ut L. Falcidiæ locus sit, placet in his, quæ relinquuntur, computanda esse, non tantum legatum, sed ea etiam, quæ legatorum vicem obtinent, quæ omnia in numero et computatione legatorum traduntur: et si omnia hereditatis dodrantem excedunt, singula per L. Falcidiam minuuntur, quatenus dodrantem excedunt. In his habentur donationes caussa mortis, L. *si mortis*, L. *in donationibus*, *sup. h. t.* Quæsitum est hoc loco, an in eadem caussa haberi debeant ea, quæ conditionis caussa implendæ ab herede præstantur, exemplum est tale. Qui 400. habebat in bonis, non potest amplius legare, quam 300. proinde si legavit 380. de legatis 80. decedent, ut 100. apud heredem maneant. Quid si testator ita scripserit, Lucius *Titius mihi heres esto, si* 400. *Titio dederit.* Quæro, an hujus conditionis implendæ caussa necesse habeat heres 400. præstare, ut fiat heres; an vero non habeat necesse præstare, nisi 300. propter L. Falcidiam, ut nihilominus recte fiat heres 300. præstitis.
1 Quæstio est in eo, an † hæc conditio, quæ fit conditionis implendæ caussa, Lege Falcidia minuatur, ut legatum, secundum verba L. Falcidiæ. Hæc præstatio non potest minui; quoniam Lege Falcidia solum legata minuuntur, et quæ legatorum vim habent, ut verba legis declarant, *L.* 1. *D. eod.* et dicitur apertius in *L. in quantitate partim*, §. *ult. D. eod.* Quod autem præstatur ab herede conditionis implendæ caussa, id neque legatum est, neque legati vim habet, quod dilucide testatur Tit. *si quis omissa caussa testamenti.* Nam edicto, *si quis omissa caussa testamenti*, cautum est, si quis omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem, ut ne minus legata, et quæ legatorum vicem obtinent, præstet, quam si ex testamento hereditatem adiisset, et tamen si heres fuerit institutus sub conditione, *si* 10. *Titio dederit*, et ab intestato possideat hereditatem: placet eum 10. non debere. *d.* L. *si quis sub conditione*, *D. si quis omis. caus. testam.* Non sunt igitur ea 10. legata, nec legati vim habent, alioqui ex edicto præstanda essent. Constituit hoc loco Justinianus nihilominus de præstatione, quæ fiat ab herede conditionis implendæ caussa, quartam non minus detrahi posse, quam ex legatis

et

et donationibus caussa mortis potest. Non obstat, quod hæc præstatio non est in numero legatorum, ac eorum, quæ vim legati habent. Non enim ideo de hac præstatione Falcidia detrahitur, quia præstatio sit contra verba Legis Falcidiæ; sed quia est in fraudem legatorum. Quando Lege quid prohibetur, non tantum prohiberi intelligitur, quod est contra verba legis, sed etiam quod est contra mentem et sententiam legis, idest, contra id, quod vetuit lex, etsi verbis non prohibuerit. L. *non dubium, sup. de legib.*

Hujusmodi est hæc præstatio, de qua quæritur. Nam L. Falcidia vetuit ultra dodrantem legari, ne alioqui heredes nullo lucro provocari omitterent hereditatem, et ita destitueretur judicium defuncti, ut est *Instit. eod.* At hac præstatione heredi injuncta, eodem res recidit, ut si heres cogatur totam eam pecuniam præstare, quam jussus est, futurum sit, ut hereditatem omittat; ergo hæc quoque præstatio est contra id, quod lex voluit; proinde irrita est, sic atque hæc præstatio esset in numero legatorum. Hinc colligimus, non solum donationes caussa mortis L. Falcidia minui, ut legata, sed etiam omnes præstationes, quæ sine donatione mortis caussa capiuntur, quale est, quod ab herede præstandum est conditionis implendæ caussa, ut declaratur *L. mortis caussa capitur, in princ. §. sine donatione, D. de mort. causs. donat.*

Huic sententiæ contraria videtur L. 1. §. *item si ita*, D. *eod.* Proponitur exemplum ejusmodi; testator ita scripsit: *Heres meus Titio penum dato, si non dederit*, 10. *ei dato.* Hoc in casu placet, si heres in præstando penum moram fecerit, statim 10. deberi, et sola deberi: amplius autem non deberi penum, nec legatum esse; sed tamen heredem, ut liberetur, posse penum præstare; si præstiterit, in Falcidiam non imputabit, idest, non computabit in numeratione legatorum; nec de penu quicquam detrahi posse ex L. Falcidia; et tamen penus in hac specie mortis caussa capitur: nam hujus capiendi occasio obvenit per mortem testatoris, quæ definitio est mortis caussa capionis in *d. L. mortis caussa capitur.* Respondeo non sunt contrariæ horum locorum species, quæ sunt dissimiles. In hac lege agitur de eo, quod heres ex conditione præstare debet, quo non præstito non est heres factus. Itaque id præstare cogitur, si vult heres esse, ut merito hæc præstatio legatis comparetur. At in exemplo legis, quod supra retulimus, heres non habet necesse, penum præstare, si non vult. Nam quanvis non præstiterit, nihilominus heres erit, potest enim præstare 10. quæ sola legata intelliguntur. Hinc hæc distinctio tenenda est, quod heres præstare cogitur, si vult heres esse, de eo Falcidiam detrahet, uti de legato, ut in hac lege. Quod autem præstare necesse non habet, de eo non detrahit Falcidiam, etiamsi id mortis caussa capiatur; quia si id præstat, sibi imputare debet, qui id præstare necesse non habuerit.

Quæsitum est circa exemplum hujus legis, an † heres institutus sub conditione, si 380. 2
dederit, cogatur ab initio totam eam summam præstare, ut fiat heres, postea detracturus Falcidiam? An vero jam a principio possit detrahere 80. et 300. præstando fiat heres? Quidam putant heredem debere 380. præstare solida, ut conditionem impleat, et conditione impleta fiat heres. Movet eos; quia conditio omnis implenda est, ut vulgo loquuntur, in forma specifica, idest, secundum præscriptum verborum conditionis, ut nihil in illis omittatur, L. *qui heredi, in princ. D. de cond. et demonst.* Sed huic sententiæ adversantur hujus legis verba, quia fit potestas heredi retinendæ prius Falcidiæ, illis verbis: *prius dato, vel retento.* Deinde quia in extremo dicitur, quod hæc præstatio ipso jure minuit, quemadmodum donatio caussa mortis. Non obstat, quod dicitur conditiones implendas esse ex omni parte. Hoc enim dicitur de conditionibus utilibus, non vero de conditionibus, quæ pro non scriptis habentur, qualis est hæc conditio, quatenus præstatio dodrantem hereditatis excedit: placet enim eatenus ipso jure minui præstationem. Hic introducitur hæc quæstio.

An † ea, quæ conditionis implendæ caussa capiuntur, imputentur in quartam ratione 3
sumpta ex specie hujus loci? Sed hæc quæstio hoc loco inepta est, et stolida. Nam hic agitur de eo, quod heres præstare debet, et de eo qui cupit Falcidiam retinere. Quæstio autem superior ponitur de his, quæ heredi præstantur conditionis implendæ caussa, veluti si fundus legatus sit sub conditione, si 10. heredi daret, ubi quæritur, an hæc 10. data heredi imputentur in quartam? Certi autem juris est hæc non imputari, L. *id autem quod* L. *in quartam*, D. *eod.*

Ad L.

Ad L. Cum certum. ultim.

Idem A. Joanni *Præfecto prætorio.*

Cum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatoris exhibet, in solidum legata dependentem non posse postea rationem legis Falcidiæ prætendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi: Jubemus hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra legatorum solutione fecerit: quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. In utroque etenim casu, idest, sive solverit, sive super hoc cautionem fecerit, æquitatis ratio similia suadere videtur. Dat. XV. Kal. Novemb. Constantinop. post Consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. anno secundo.

SUMMARIA.

1. *Quartam Falcidiam qui retinere potest, an, si ultra stipulanti promittit, idem solida legata debeat, nec retinere quartam possit.*
2. *Dubitandi rationes adductæ.*

QUI quartam ex lege Falcidia retinere potest, si ultro solvit, non repetit,
1 L. *error. sup. eod.* Si ultro † stipulanti promittit, quæsitum est, an idem solida legata debeat, nec retinere quartam possit? Constituitur hoc loco, eum, qui solida legata promisit, quartam retinere non posse contra stipulantem. Inutilis constitutio est, nisi hac de re sit aliqua dubitatio. Et veteres de eo dubitarunt, ut hic testatur Justinianus. Dubitatio exstat in *L. si patronus*, §. 2. *de donat.*

2 Quæro, † cur hic dubitetur circa legem Falcidiam de stipulatione: cum certi juris sit, ex stipulatione omni jure civili obligationem nasci, §. *de constituta*, *Instit. de actionib.* Respondeo, dubitatio nata est exemplo patroni: nam si patronus institutus sit a liberto, et ex debita portione, et rogatus sit quid præstare: si id stipulanti promittat, stipulatio non valet, *d.* L. *si patronus*, *in princ. D. de donat.* Quo exemplo videtur idem dicendum in eo herede, qui promisit se legata præstiturum ultra portionem legis Falcidiæ debitam. Respondeo: dissimilia hæc sunt: nam portio debita patrono in bonis liberti debetur ob reverentiam patrono debitam. Hæc reverentia videtur violari, cum patrono hæc portio non servatur: sic fit, ut stipulatio contracta videatur esse contra bonos mores. At heredi extraneo testator non debet reverentiam: ob hanc caussam si heres promittit, se solidum legatum præstiturum, nihil hic fit contra bonos mores, ac proinde stipulatio valet. An idem hic efficiat simplex pollicitatio, qua heres promittit se solidum soliturum, quod efficit promissio stipulanti facta. Vide quæ diximus *ad* L. 1. *et* 2. *sup. de fideicommiss.*

HUGO-

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

IN CODICEM

JUSTINIANI.

AD TIT. XLVII. LIB. VII. COD. DE SENTENTIIS QUÆ PRO EO QUOD INTEREST PROFERUNTUR.

Est hæc lex sive constitutio tota forensis, ut vel ipsa inscriptio satis declarat. Judici præcepta dat, quæ sequatur, ubi in id quod interest, condemnatio facienda est. Est igitur hic locus peropportunus visus de tota hac quæstione, non satis explicata, sed maxime controversa atque difficili, et tamen ad cognoscendum necessaria pluribus verbis differendi.

Ad L. Cum pro eo. Unic.

Imp. Justinianus A. Joanni. P. P.

Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquæ in infinitum productæ sint: melius nobis visum est, hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coartare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus, et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus quî incerti esse videntur, judices qui caussas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc quod revera inducitur damnum hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus, et immodicis perversionibus in circuitus mextricabiles redigatur: ne dum in infininitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat: cum sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodo pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio: quia et ex eo veteres id quod interest, statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquæ prolixitatis, hujus constitutionis recitatio. Dat. Kal. Semptemb. Constantinop. post Consul. Lampad. et Orest. Coss.

CAPUT I.

SUMMARIA.

1. *Nomine ejus* quod interest *sive factum sive non factum oportuit exigitur æstimatio.*
2. *Quot et quibus in caussis ejus quod interest, versetur æstimatio.*
3. *Hujus commentationis occasio et utilitas; et rerum ordo et partitio.*

QUibus in caussis aut ex eo, quod factum est, quod non oportuit, aut ex eo, quod factum non est, quod debuit, actio constituta est: in omnibus ita fere jus esse reperietur, ut eo nomine in id quod interest agentis, et petitio, et condemnatio constituta sit. Et certe cum neque quod factum est, infectum esse possit, neque de eo, quod faciendum est, vis reo facile afferri, ut quod nolit, faciat: nihil in his ge-
1 neribus aliud relinqui videtur, nisi † ut quemadmodum facti, ita non facti æstimatio exigatur. Quæ porro alia harum rerum æstimatio esse potest, nisi ut et illic quanti factum non esse, quod factum est: et hic, quod oportuit, quanti factum esse intersit, idest (ut nunc intelligi volumus) utile sit ei, qui agit, æstimetur? Sed genera obligationum nobis ante oculos ponamus: tum id ita es-
2 se, quod posuimus, quamque hæc ratio † late pateat, facilius intelligemus. Cum omnis obligatio contracta aut in dando, aut in faciendo hoc primum de iis, quæ in faciendo consistunt, sive id actum sit, ut quid fiat, sive id, ut ne quid fiat, innumeris locis testatum est: in his non modo reum damnari in id quod interest, sed ipsum etiam illud, quod interest, obligatione faciendi contineri: his locis præsertim, §. *ultim. Instit. de verb. obligat. L. si pœnam*, 68. *L. quoties, quis*, 81. *D. de verbor. obligat. L. si quis ab alio*, §. *ultim.* D. *de re judic.* Quæ autem in dando sunt, etiam in his, si ad dandi obligationem hoc quoque accessit, ut conventionis lege certo modo quid, puta certo die, præstari deberet: placet, si per promissorem factum sit, quominus eo die præstaretur, consequi actorem, quanti sua interest, moram factam non esse: idest, factum non esse contra, quam debuit. *L. si fundum*, 114. *D. de ver. oblig.* Idemque placet, et si quid certo loco dari debuit, neque datum est. L. 2. *in princip. L. quod si Ephesi, D. de eo, quod cer. loc.* De maleficiis, si quid cui damni datum sit injuria, si quid cui ablatum, aut ereptum: in omnibus sic est actio proposita, ut æstimetur, quanti ea res est, de qua agitur, idest, quanti actoris interest. *L. ait lex, D. ad L. Aquil. L. inficiando*, §. 1. *D. de furt.* L. 1. §. *non solum, D. unde vi.* Nam quomodo aliter in his quod admissum est, sarciatur aut vindicetur? Quid interdicta? Nempe hæc cum aut in eo sint, ut possessio nobis restituatur; aut in eo, ut quam possessionem tenemus, ea ne inquietetur, idest in summa, in faciendo: prorsus eandem petitionem et condemnationem habent. *L.* 1. §. *est igitur, D. uti possid.* Omnibus enim edictis, quæ de caussa interdictorum sunt, actio quanti ea res est, datur: quod nihil aliud est, quam id, quod interest. L. 1. §. *hæc verba, D. ne vis fiat ei, L.* 1. §. *non solum, D. unde vi, L.* 3. §. *ult. D. uti possid. L.* 3. §. *in hoc, D. de iti. act. pr.* Utrum in eo genere, cum agitur, ut quid fiat, si reus facere possit, quod ab eo exigitur, præcise cogi possit, ut faciat; an eo non faciente, nulla ne hic quidem alia condemnatio sit, quam quanti actoris interest, de quo maxime dubitari solet, alias videbimus. Pertinet enim hoc ad naturam, et potestatem cujusque obligationis quærere, quid in ea versetur, quid ex ea sperare et consequi liceat. De quo alius est dicendi locus. Nunc hoc constet, et in his (saltem tunc, cum reus præstare quod debet, non potest) et in cæteris, in quibus de eo, quod factum est, agitur: aut unam esse condemnationem in id quod interest, aut certe in omnibus vi et sententia legis id

in æstimationem vocari. Quod cum ita sit: totidem in caussis accidit, ut quærendum sit, quid sit id, quod nostra interesse dicimus, quidque eo verbo ad præstationem, et litis æstimationem contineri intelligatur. De
3 quo cum † magnæ inter veteres quæstiones fuerunt, quas Justinianus edita constitutione sub Titulo, *De sententiis, quæ pro eo quod interest proferuntur* decidere conatus est: tum post constitutionem Justiniani, de sententia ipsius constitutionis multo maximæ extiterunt: ita constitutio præcise scripta est, et ut in re per se non satis explicata, parum perspicue. Itaque quod res esset ejusmodi, quam intelligi usque adeo in juris nostri persecutione referebat, non plures sunt de alia quæstione, aut accuratiores Interpretum nostrorum disputationes: sed ejusmodi, (si paucorum eruditorum hominum quos nostra ætas tulit, exceperis) quibus omnia ademeris citius, quam hujus loci explicationem concesseris. Quod cum ita esse mihi persuaderem, in aliis etiam nonnulla desiderari scirem, aggressus sum et ipse eandem quæstionem explicare: si quid forte non dicam melius, planius fortassis afferendo, nostrorum hac quoque parte studia juvare possim. De re ita dicemus, ut primo simplicius, quid sit id de quo quæritur, et cujusmodi sit: tum deinde quæ sint eadem de re veterum dubitationes, quæ Justiniani legis de his sententia, numero et ordine accuratius disseramus.

CAP. II.

SUMMARIA.

1. *Quid valeat verbum hoc*, quod interest; *cum ex verbis legatis tum in actionibus privatis et n.* 2.

3. *Id quod interest in facto, non in jure consistere: hoc utrumque quid sit.*

1 ACtio in id quod interest, proponitur, de quo nunc quæritur. Id † quod interest, sic intelligimus, quod nostra interest, qui agimus. *L.* 1. *in princ. D. de act. empt.* L. 3. §. *ult. uti poss.* Id ipsum est, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. Tot enim verbis definit Paulus in L. *si commissa*, *D. rem rat. hab. Si commissa est*, inquit, *stipulatio rem ratam dominium habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, idest, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.* Idem de lege Aquilia loquens scribit, in ea consequi nos, quod consequi potuimus, si damnum datum non esset, aut quia datum est, quod erogare cogimur. *L. si servum*, §. *ult. D. ad leg. Aquil.* ubi hoc sentit, consequi nos id quod interest: hujus enim æstimatio verbis legis in actionem venit. L. *ait lex*, *D. ad leg. Aquil.* quam recte id ita dicatur, vis verbi et proprietas explicata declarabit. Proprietate verbi hoc continetur, ut sit quod interest, quod nobis utile est. verbum enim ita compositum est, ut sit quasi, in re est. Quod pronomina hæc adjuncta probant, quæ cum hoc verbo construuntur, mea, tua, nostra, vestra. Dicimus enim, interest mea, quasi in re est mea, idest, quod ad rem, utilitatemque meam pertinet. Idemque in cæteris illis intelligitur, tua, nostra, vestra. Hac significatione illa dicuntur, Reipub. interesse mulieribus dotes suas conservari. L. 1. *D. solu. matr.* et stipulationes ideo inventas, ut unusquisque acquirat, quod sua interest. L. *stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de verb. obl.* quorum in altero, hoc intelligimus, quod Reip. utile sit, in altero quod stipulanti cuique expediat, et in rem pecuniamque ejus redigatur. Sed fortasse in † actionibus 2
privatis, in quibus id venire dicimus, quod interest, hoc quod interest aliter accipimus. Imo prorsus eodem modo, quod utile est, quod facilius ex adjuncto animadvertere poterimus. Dicimus enim, si res vendita non tradatur, in id quod emptoris interest, agi: sed adjungitur, quod interest rem habere, ut L. 1. *D. de act. empt.* non dicimus, in id quod interest, rem non esse traditam, quippe rem habere utile, ideoque id est, quod interest: rem non habere, inutile. Sic dicimus in locatione, si locator fundi non præstet conductori, ut fundo fruatur, actionem esse conductori in id, quod ipsius interest frui, non quod interest, quod non fruatur. L. *si fundus D. locati.* Sic in interdicto, unde vi, eum qui dejectus est, tantum consequi, quanti interest dejectum non fuisse. L. 1. §. *non solum D. unde vi.* quanti

ti interest, quod sit dejectus, non dicimus: quoniam hoc inutile fuisse dejectum. Sed cur laboramus, cum constet id quod interest, utilitatem a juris auctoribus passim nominari? Venit omnis utilitas, omnis utilitas præstanda est. Hoc illud est, id omne quod interest, venit: id omne præstandum, quod interest. *L. 2. in princ. et §. ult. D. de eo quod cer. loc. L. si sterilis, §. cum per venditorem, De actio. empt. L. 1. §. hæc verba, D. Ne vis fiat ei. L. 1. §. non solum, D. Unde vi.* L. *pen. D. Si quis cautio.* Quæ autem ista utilitas est ejus, quod factum oportuit nisi in eo, quod re perfecta, consequi lucrarique potuimus; quod consecuti non sumus, quodque potuimus habere, quod ideo amisimus, quia factum non est, quod debuit? Recte igitur id quod interest, in actionibus privatis id ipsum esse definimus, quod idem verbo legis ad præstationem contineatur. Et quidem ipsum, quod consequi et habere potuimus, non præstatur. Nam neque necesse est; modo damnum sarciatur, et sæpe in rerum natura esse desiit, quod præstaretur: sed quanti est, æstimatur, ut deinde in tantam pecuniam reus damnetur, qua præstanda ipsa utilitas, quæ nobis adempta est, idest, id quo caremus, præstari videtur. Hoc est nimirum, cur quæ obligationes in faciendo consistunt, in quibus si factum non fuerit, quod fieri stipulati sumus, in id quod intérest agi constat, ut initio ostendimus: ut de his alias ita tradi legamus, si factum non sit, quod promissum est, pecuniam dari oportere, ut L. *stipulationes non 72.* vers. *Celsus, D. de verbo. obliga.* L. *si quis ab alio, §. ulti. D. de re judi.* quod tantundem valet: id enim quod abest, exigi intelligitur, cum eo nomine pecunia præstatur. Quanta autem hæc pecunia futura est? quantum erit, quod aberit, quodque lucrari potuimus: id vero † ex facto, et re nata æstimandum est. Po- 3
test enim ex eodem facto pro ratione personarum locorum, temporum, alias pluris, alias minoris interesse: interdum ne interesse quidem: nulla juris definitione id comprehendi potest. Et hoc est, quod pro regula Juris traditur, quatenus cujusque intersit, in facto, non jure consistere. L. *quatenus, D. reg. jur.* In facto consistunt, de quibus ex facto judicium est: quæ prout res inciderit, ita varie æstimantur: ut hoc de quo nunc loquimur. In jure ea, in quibus cum quid inciderit, constat, quidnam id, aut quale sit, quod incidit, quæritur. Sunt enim hæc ejusmodi, ut hominum prudentia æstimari, et dijudicari possint: proinde et certa aliqua juris definitione, et constitutione comprehendi. Arg. L. *Mora, D. de usur.*

C A P. III.

S U M M A R I A.

1. *Id quod interest, dividunt Interpretes in singulare, commune, et conventum et quale sit unumquodque.*
2. *Id quod interest, esse unius generis, non triplicis ostenditur.*
3. *Contrarii in speciem juris loci explicantur.*
4. *Rerum summa et conclusio.*

Ut intelligere liceat, non unam esse vulgo hujus rei æstimationem, id quod
1 interest, sic vulgus † interpretum dividit: ut dicat esse alias, cum singulariter nostra intersit, alias cum intersit communiter, alias cum ex conventione: quæ genera ita distinguunt, ut primum genus vocent interesse singulare, alterum commune, tertium conventum. Singulare ita definiunt: quod ex utilitate, et affectione privata et singulari æstimatur. Commune hoc modo: quod communiter, idest, ex utilitate, et æstimatione hominum communi. Conventum, pecuniam illam esse dicunt, quæ in obligationibus faciendi pro eo quod interest, promissa est, si factum non sit, quod fieri debuit. Quæ divisio nescio utrum per se magis falsa sit, vel absurda potius, an in re de qua agitur, magis stulta, et inutilis. Singulare interesse quoddam esse dicunt. Si id intelligunt singulare, quod ex utilitate, et affectione singulari cujusque æstimatur: nullum est singulare: quoniam nihil ita æstimatur, ut postea demonstrabimus. Sin id singulare, quod ex utilitate cujusque actoris, recte Eguinarius Baro lib. 4. de divid. nihil interesse ait, nisi singulariter. Utilitatem enim suam quisque privatam persequitur, non alienam, aut cum aliis communem: quod

sua interest, non quod aliorum. Quid sit autem, quod commune quoddam esse dicunt interesse; quoddam conventum, plane non intelligo. Si commune est, quod non tantum nostrum, sed etiam aliorum est: effectum est superiore illa ratione, nullum esse interesse commune. Quisquis enim petit quod interest, is quod sua privatim interest, petit: quod sibi abest, non quod alii. L. 1. *de act. empt.* L. 3. *in fin. Uti possi* L. *quatenus*, *de reg. jur.* L. *si commissa. D. rem ra. hab.* Id quod interest denique, utilitas est. Utilitas autem propria cujusque, quam quis persequitur, non communis. At enim quod interest, communiter æstimatur. *L. si servum*, *ad* L. *Aquil.* Quasi vero hæc eadem sint, æstimatio rei, et res quæ æstimatur. Quod interest, æstimatur, quanti est. L. *ait lex in fin. ad L. Aquil.* Quare ipsa æstimatio nostra de eo quod abest, dicatur sane ut volunt, communis, quia tanti homines communiter æstimant: ipsum quod interest, illud est, quod interest mea: ipsum quod abest mihi, non quod communiter. Et pretia patrimonii defuncti, cæterarumque rerum privatarum communiter fungi Sex. Pedius dicebat. *d.* L. *pretia*, *ad L. Falcid. d. L. si servum meum*, *ad L. Aquil.* Veruntamen ipsum pretium cummune sit sane: patrimonium utique privatum, itidem ut res cæteræ, non Commune. Conventum vero *quod interest*, quod tandem intelligunt? Pœnam nimirum promissam, si quid factum non sit, aut contra quam cautum est, factum sit. §. *ult. Inst. de verb. obl. L. ult. de præt. stip.* Atqui pœna etiam tunc petitur, cum nihil interest. L. *stipulatio ista*, §. *alteri*, *de verb. obl.* Et ut pœna constituta aliquid stipulatoris intersit, non ideo tamen pœna exigitur, quia nostra interest, sed quia promissa est, remota omni quæstione, an intersit *d.* L. *stipulatio ista*, §. *alteri.* Ideo pœna certa, quia certa quantitas et conditio stipulationis; ejus quod interest, quantitas incerta esse dicitur, §. *ult. Inst. de verb. oblig.* At præstatur pœna pro eo quod interest. Non ideo pœna est id quod interest: cum, ut dixi, illa certa; hoc semper incertum sit. Quid, si hoc etiam falsum est, præstari pœnam pro eo, quod interest, cum pœna etiam tunc exigatur, cum nihil interest?

Sed video, quid dicturi sint hujus divisionis defensores, de verbis scilicet laborare nos, rem omittere: fieri posse, ut minus apte singulare dicatur, quod ex affectione et utilitate singulari; commune illud, quod communiter æstimetur: veruntamen hanc in æstimatione ejus, quod interest, esse varietatem, ut alias singularis æstimatio sit, alias communis, alias ex conventu, ex quo hæc genera esse, et intelligi volunt. Et quidem ego etsi hæc verba insolentia, et inaudita Juris auctoribus atque etiam a re aliena esse scio: tamen cum de re quærendum esse putent secus, quam loquuntur concedam illis libenter verbis suo arbitratu uti. Itaque de re dicam, de verbis molestus non ero. Dico † ejus, quod interest, unum esse genus, sive rem spectes, sive ejus æstimationem. Re unum esse ex eo intellectum est, quod qui id, quod interest petit, non aliud petit, quam quod sua interest, quam quod abest sibi: nihil quod commune, aut promiscuum sit, cum hoc re vera non absit. Si æstimationem quærimus, et hæc una est, quam illi triplicem esse statuerunt. Quonam tandem modo? quia id quod interest, tanti ubique æstimatur (si modo æstimandum, et præstandum est) quanti re vera est, idest, quanti est communi hominum computatione et æstimatione, non privati alicujus judicio, aut affectu. Communiter denique æstimatur, ut illi communem æstimationem intelligi volunt, non singulariter. Nam pœnam promissam jam dixi ejus quod interest, æstimationem esse non posse: cum si quid æstimetur, esse quoque id oporteat: fiat autem sæpe ut ibi pœna promittatur, ubi nihil abest, idest, ubi nihil interest. An vero hæc de ejus, quod interest æstimatione, dubia sententia esse potest? Cum ex lege Aquilia de servo, qui occisus est, æstimando ageretur, sic Paulus de sententia veterum scripsit: *Si servum meum occidisti, non affectionem æstimandam esse puto: velut si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles: sed quanti omnibus valet*, et continenter. *Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.* L. si servum, ad L. *Aquil.* L. *pretia, ad L. Falcid.* At ex lege Aquilia actio in id constituta est, quanti ea res est, idest quanti interest servum occisum non esse, damnum datum non esse. *L. ait lex*, *ad L. Aquil.* Si hæc in damno injuria dato damni, et ejus quod interest, æstimatio est: non est, quod in aliis caussis aliter æstimari existimemus. Maleficia enim omnia odio digna omnium minime impunita esse conveniebat. L. *ita vulneratus*, *ad* L. *Aqui.* An vero Justinianus id parum aperte significat, cum in lege sua ita constituit, ut quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur? Quod est, quod re ve-

vera inducitur damnum? an quod quis passus est, cum re vera ei quid abesset, cum consecutus non est, quod potuit: an cum ei nihil abesset, id etiam, quod ipse pro affectu suo tanti rem æstimat? Nempe quod re vera passus est, non quo pluris rem æstimat. Non enim ideo pluris est, quia pluris esse arbitratur. Neque vero aliam significationem habet, quod id quod interest, ita definimus, *quod nobis abest.* Quod nobis abest, inquam, id persequimur, non quanti rem ex affectu æstimamus. Eodem pertinet, quod his verbis, quanti ea res est, quanti eam rem esse paret (quæ passim in legibus et edictis proponuntur) omnes Jurisconsulti, id quod interest actoris, contineri intelligunt; in quibus modo de privato actoris damno vindicando agitur. Nam, ut obiter hoc de his verbis explicem, incidit aliquando, cum edicto aut lege alia res vindicetur, quam privati damnum, aut injuria: ut in ea parte edicti, qua Prætor adversus eos actionem pollicetur, qui jus dicenti non obtemperaverunt, eamque pœnalem constuit. L. I *D. si quis jus dici non obtem.* Quod quidem ad asserendam cujusque magistratus auctoritatem adversus contemptum litigatoris factum esse apparet. Hic sane, si prætor, quanti ea res est, judicium polliceatur, ut fecit: nemo dixerit, his verbis id quod interest agentis, significari. *d. L.* I. *in fin. si quis jus dic.* quando privati actoris damnum non sit ea res, de qua judicium constituitur; sed contemptus ejus, cum quo agitur, qui hoc judicio coercetur. Hæc autem verba, quanti ea res est, ad rem de qua agitur, referuntur: idque est quod ab Ulpiano de vi et significatione horum verborum definitum, ita legimus in L. *hæc verba, quanti, D.* de verb. sign. *Hæc verba, quanti eam rem esse paret, non ad id quod ad interest, sed ad rei æstimationem referuntur.* Hoc dicit, non utique ad id quod interest, idest, non ad id solum referuntur, sed generaliter ad rei æstimationem, de qua est sermo, sive id quod interest, et damnum privati, sive alia res agatur: ut si alia agitur, quam privati utilitas, hæc ipsa significetur, non alia, ut in eo edicto, quod supra dixi, ad quod superius illud scripsisse Ulpianum ex eo conjicere possumus, quod libro primo id edictum est interpretatus, ut apparet ex inscriptione, quæ est ad L. I. *Si quis jus dicenti*, ex quo ipso libro illa definitio superior sumpta est, si modo verior est aliorum codicum quam Pandectar. Florentinarum lectio, quod mihi probabilius videtur. Nam quod in Floren. Pandectis inscriptio est ex *lib.* 38. eo mihi suspectum est: quod si conferantur ea capita, quæ *ex eod. lib.* 38. sunt, nullum edictum, nulla veterum interpretatio reperietur, ubi illa verba occurrant: quod in edicto, de iis qui jus dicenti non obtemperant, contra esse constat. Sed ut si alia res erit, quam privati injuria, hæc continebitur: ita plane (quod supra dicebam) si de damno actoris vindicando agetur (ut agitur in omnibus, nisi quid aliud de consilio et ratione edicti constet: sunt enim omnia judicia, ut Cicero scribit, ex cujusque damno et injuria expressa) his verbis, hoc significatur, hoc inquam Jureconsulti omnes acceperunt, quod actoris interest, ut liquet ex innumeris locis, in quibus *L.* I. §. *hæc verba, ne vis fiat ei* L. 3. *in fin. Uti poss.* L. *ultim. De præ. stip. L.* 2. §. *ult. Qui satis. cog.* juncta *L. ult. Si quis in jus voca. non ierit.* Hoc autem quid est, nisi hoc valet, id quod interest, ita æstimari, ut in eo æstimando ratio habeatur, non quanti quis rem esse putet, aut quanti æstimet, sed quanti sit re vera, idest, ut Paulus loquitur, quanti omnibus valet?

Sed tamen loci proferuntur † quibus id quod interest, et ex affectione spectatur. 3
Quos ego consulto adscribam, non ut ita esse a nobis probetur (alioqui loci ipsi a nobis quod satis esset, indicari potuerunt) sed ut dijudicentur. Sunt autem hi fere quatuor. Hermogenianus *cap.* 35. De minor. *Si in emptionem penes se collocatam minor adjectione ab alio superetur, implorans in integrum restitutionem audietur, si ejus interesse emptam ab eo rem fuisse approbetur: veluti quod majorum ejus fuisset.* Jabolenus cap. 36. D. de bon. liber. *Libertus, qui solvendo non erat præterito patrono extraneos reliquit heredes, quæro an possit petere contra tabulas bonorum possessionem. Respondi, cum a scriptis heredibus adita est hereditas, patronus contra tabulas bonorum possessionem potest petere: quia solvendo hereditas est, quæ inveniat heredem. Et sane absurdum est jus patroni, in petendo bonorum possessione contra tabulas, aliorum computatione non judicio patroni æstimari, auferrique patrono, quod modicum vendicaturus est. Multi enim casus intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quanvis æris alieni magnitudo, quam libertus reliquit, facultates patrimonii ejus excedat, veluti si prædia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus majorum patroni sepulcra sint, et magni æstimat patronus bonorum pos-*

ses-

sessionis jura pro parte ea ad se pertinere, vel aliquod mancipium, quod non precio, sed affectu sit æstimandum. Clarius Papinianus in *L. cum servus extero:* 54. mandat. *Cum servus*, inquit, *extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et precium consequetur dominus, ut venditor, et ex affectus ratione mandati agetur.* Placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam. Idem cap. 7. De ser. expor. *Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quod si factum esset, convenit citra stipulationem, ut pœnam præstaret emptor. Vix est, ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in pœnam, quam alii promisit, inciderit: Huic consequens est, ut hactenus agere possit, quatenus alii præstare cogetur: quicquid enim excedit, pœna est, non rei persecutio. Quod si ne pœnæ caussa exportaretur, convenit: etiam affectionis ratione recte agetur: Nec videntur hæc inter se contraria esse; cum beneficio affici hominem, intersit hominis: enim vero pœnæ non irrogatæ indignatio, solam duritiam continet.* Tot fere in caussis, et locis, affectus habendam esse rationem legimus. Sed quam ad id, quod quærimus, ista pertineant, videamus.

De eo quod interest præstando agitur. Si id æstimandum est, ut recte præstetur: hoc dicimus non ex affectu privati cujusquam esse æstimandum, sed quanti quidque pro rei conditione, pro hominum usu atque utilitate omnibus valeat. Id enim interest cujusque, quod re vera ita se habet, non quod cuiquam privatim ex affectu ita videatur. Superioribus autem exemplis quid efficitur? Nempe hoc in summa, fieri posse, ut propter affectionem cujusque, sive quod rem judicio suo, et affectu pluris æstimet, detur illi actio, quæ remota affectionis caussa futura non esset, quod non negamus: non item ut quanti ex affectu sua interesse putat, id illi præstetur: nisi forte sicubi in litem juretur, quod actor non propter affectionem suam consequitur, sed propter adversarii contumaciam. Quod si id præstandum non est, ne æstimandum quidem est, de quo nunc quæritur. Ideo enim id quod interest, æstimatur, ut sit quantitas constituta, quæ postea præstetur. Ita fit, ut quod ex affectu cujusquam privatim interest (si modo id interesse recte dicere possumus) ut nusquam exigitur, ita ne æstimetur quidem. At hoc, inquiunt, satis est, ut probetur esse, quod singulariter pro affectu nostro intersit, si hujus rationem haberi aliquo modo ostenditur: quod concedimus. Neque enim si non sit, ratio ejus haberi potest. Primum nihil hoc ad institutum pertinet, in quo de eo quod interest præstando, ut dixi, agitur: deinde nullo etiam modo hoc, quod volunt, ex illo efficitur. Affectus ratio interdum in his habetur, ut ea ratione actio detur, quæ alioqui futura non esset: non ideo datur ob id, quia nostra intersit; et ideo dari dicitur, quia intersit ex affectu. Vel hæc ipsa adjectio, ex affectu, sive propter affectum, indicat quod ita dicitur, dici modo, non etiam simpliciter, non re vera interesse. Hoc enim ex affectu valet ex computatione, et æstimatione, quam judicio nostro et sensu nobis fingimus: sive ex eo, quod pro affectu nostro rem nobis abesse tanti æstimamus. Quod si quod ex affectu est, re vera interesset, non ex opinione: æstimaretur id quoque et præstaretur: quia absurdum sit esse in re, quod petitori propter rei frustrationem abesse constet, ut tamen hoc ei non præstetur. Id autem in his caussis quas posuimus, non præstatur.

Sed exempla ipsa breviter expendamus, quo melius id quod dico ex unoquoque separatim intelligatur. Ergo (ut ab iis, quæ postrema posui, primum ordiar) agit prior dominus affectus ratione ob servum exportatum, quem ipse hac lege vendiderat, ne exportaretur, ut est in *d.* L. 7. *de ser. exp.* Quid agit affectio? nempe, ut illi agere liceat de eo, de quo inutiliter esset acturus, nisi vel propter humanitatem et conjunctionem, quæ natura inter omnes homines constituta est, interesset hominis hominem beneficio afficere. Num ergo cum hoc nomine agetur, dominus in id aget, quanti servum exportatum non esse pro affectu æstimabit? Imo vero in hoc aget, ut Papinianus scribit, ut pœna præstetur, de qua convenit, quæ tum etiam recte exigitur, cum nostra nihil interest. L. *stipulatio ista*, §. *alteri*, *de verb. oblig.* Quod in pœna adjecta esset, cum agenti domino nihil eo nomine abest, nihil est omnino, quod ei queat præstari: hoc enim hominem beneficio non affecisse, nullo proposito rei familiaris damno, quanti tandem æstimetur? Et cum servus extero se mandat emendum, in hoc ut manumittatur, isque emptus non manumittitur, affectus habendam esse rationem, ut in bonæ fidei judicio idem Papinianus scribit, *d.* L. *cum servus*, *D. mandati.* Ad quid, videamus: ut ex effectus ratione venditor, idemque qui mo-

modo servi dominus fuerat, mandati agat: qua ratione videlicet detracta agere non posset. Nam ut ibidem Papinianus ait: *cum servus extero se mandat emendum, per se mandatum nullum est.* Cujus enim gratia hoc mandatum interponitur, nisi mandantis, ut ejus emptionis emolumentum ad illum redeat? quod quoniam nullum ad eum redire potest, propterea quod servi nullo modo jure civili agere possint, quid aliud agitur, nisi ut per ipsum servum hoc emolumentum domino, cujus tum in potestate est, acquiratur? At hoc quoque domino inutile: quid enim attinet servum nomine domini emi, quem ipse dominus jam habet: cum ex mandato nihil aliud consecuturus sit, nisi ut eum mandato suo emptum mandati judicio consequatur? Et sane si mandatum hoc simplex sit, idest si hoc tantum agatur, ut servus ematur, mandatum nullum sit, utpote servo, et domino servi juxta inutile. Sed si emptio eo spectabit, ut servus emptus ab emptore manumittatur, jam ex affectione veteris domini interesse incipiet servum emi, propter spem et fidem manumissionis: si servus filius fit venditoris, aut pater, aut frater naturalis. Ob hanc caussam et mandati venditor aget, non in hoc, ut emptore servum non manumittente, hic affectus æstimetur, et quidquam eo nomine præstetur, quod fieri non potest: sed ut servus venditori domino restituatur ab eo manumittendus: sin minus, tanti damnetur, quanti servus est, etsi forte minoris sit venditus. Nam neque ex constitutionibus liber esse potest, qui est venditus hac lege, ut manumitteretur: nec si esset, mandati agi posset ad eum manumittendum, qui ipso jure liber foret. *L.* 1. *C. Si man. ita fue. alie. ut manu.* Petit Patronus bonorum possessionem contra tabulas liberti in ea hereditate, quæ non esse solvendo dicitur, et re vera non est; ille sibi expedire putat hereditatem obtinere ob res quasdam hereditarias, quæ ad judicium ejus et affectionem probabilem pertinent. Petit minor ementi potestatem sibi restitui in ea re, in cujus adjectione superatus erat, cum nulla alia ejus utilitas in ea emptione versaretur, quam quod res majorum ejus esset, erga quam singulari aliquo affectu duceretur. Utique ob eum effectum audiendum esse dicimus, *d.* L. 36. *De bonis lib. d. L.* 35. *de min.* An affectionis ideo ratio habenda, ut quanti æstimet actor his rebus non carere, in tantam pecuniam adversarius condemnetur? Minime, sed ut audiatur tantum de his rebus experiri volens, qui nisi probabilem caussam affectionis afferret, removeretur, tamquam is, cujus plane nihil interesset. Quod si res non restituetur, jam id æstimabitur solum quanti res est, siquidem culpa non restituetur: quod si dolo non restituetur, æstimabitur etiam, quanti actor sua interesse in litem juraverit. L. 2. *et* L. *In actionibus, D. de in litem jur.* sed neque hoc ob affectionem suam consequitur, ut ante dixi; neque adeo id quod interest, dicendum est, de quo quis jurejurando in litem delato juraverit. Illic, quanti res est versatur: hic contumaciæ pœna etiam ultra rei pretium. Ulpianus in *L.* 1. *de in litem jur.* Rem in judicium deductam, inquit, non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere poterit ex contumacia non restituentis per jusjurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed contumacia æstimatur ultra rei pretium. Paulus in L. 2. *eod. tit.* Interdum quod intersit agentis, solum æstimatur: veluti cum culpa punitur non restituentis, vel non exhibentis. Cum vero dolus punitur aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor. Ulp. in L. *non a judice*, 64. *de judic.* Non a judice doli æstimatio ex eo, quod interest, fit: sed ex eo quod in litem juratur. Ex quibus intelligitur, nihil hæc exempla, neque ad divisionem ab illis introductam, neque ad id quod quæritur, de eo quod interest æstimando, pertinere.

Quæret fortasse aliquis, cur in his caussis potissimum affectionis nostræ ad agendum ratio habeatur. Si attendemus, reperiemus in his, non quia erga res, de quibus agitur, singulariter affecti sumus, ideo de his nobis actionem dari; (nam quæ ista cum aliis agendi, eisque res suas auferendi, ubi nullum jus tuum fuerit, caussa esse potest?) sed partim rem nostram esse, de qua agitur ut in bonorum possessione, quæ a patrono petitur, et in restitutione minoris, quæ exempla primo loco posuimus: partim rem nobis jure debitam, cujus obligatio et petitio nobis conventione aut nostra, aut servi nostri quæsita sit: nostra, ut in obligatione pœnæ: servi, ut in obligatione mandati, de qua in servo, qui se emendum mandavit, diximus. Ex quo apparet non alias hic agendi caussas esse, quam quæ jure aliis in rebus de persecutione rerum nostrarum sunt proditæ. Sed ideo ex affectus ratione agi dicitur, quod nullæ hæ actiones, sive inutiles futuræ essent, si plane agentis nihil interesset fieri præstative id, de quo agitur. Ergo hæ vel ob hoc solum retinentur, quod agentis

tis secundum affectionem rem præstari interest. Nec injuria, ut enim eleganter Iabolenus *d.* L. 35. *De bonis lib.* cum res nostra est, aut juris nostri, etiam si nihil aliud afferatur; tamen absurdum sit eam arbitrio nostro non committi, ut aliorum computatione potius, quam animo et judicio nostro æstimetur. Neque quisquam hic putet, cum minor in integrum restitutionem postulat, ut rem quæ majorum suorum fuerit, recuperet, in cujus licitatione ab alio victus fuerat, neque rem ipsius ab eo peti, neque rem ei debitam. Hoc enim ipso res ejus esse videtur, quod emptio pœnes eum illius rei collocata est: beneficio videlicet Prætoris. Namque si eam emisset, ejus foret: nunc autem ita traditur, neminem re exclusum videri, quem prætor in integrum se pollicetur. L. *nemo*, *de rest. integ.*

Quamobrem † summa sit hæc: quoniam tot in caussis, quot initio ostendimus, in id quod interest actio et condemnatio est; id quod interest, sic accipi debere: quod actori ea de caussa abest, quodque si factum esset, aut non esset, lucrari potuit. Quoniam id quod abest, ipsum quidem præstari non possit; æstimationem quæri, ut quanti ea res est, de qua agitur, tanta pecunia præstetur. Rem ita æstimandam, non quanti quis æstimet, sed quanti sit, quantique omnibus valeat: ita ejus quod intersit unum genus esse, unamque æstimationem. Neque vero de eo veterum quisquam unquam dubitationem movit, neque est etiam ullum in constitutione Justiniani de ea re vestigium. 4

C A P. IV.

S U M M A R I U M.

1. *Quæ sint de eo, quod interest, veterum, et rei propriæ dubitationes, et de lege Justiniani.*

QUæ sunt igitur dubitationes illæ, quas esse de eo quod interest, diximus, ut quid ad hæc Justiniani constitutio attulerit, quidque in ea quærendum sit, videamus? Nam dubitationes antiquas, quæ in infinitum productæ erant, Justinianus præcidere se profitetur. Animadvertendum est quid agatur: Lex, ut sepe jam dixi, id quod interest, sive quanti ea res est, æstimari, et tantam pecuniam dari jubet. Si quid sit in verbo ejus quod interest, quidve eo contineatur, tenemus; simul id, ut quod in eo erit, totum præstandum sit: res confecta est. Id autem ipsum ex verbo *præstandum esse* intelligemus. Et quidem alterum, quid esset id quod interest, ante definivimus: alterum ex verbis legis expeditum esse videtur: ut cum lex absolute in id quod interest, actionem det, id quoque quantumcunque erit exigatur. Sed tamen de utroque hæc ambiguntur. Primum id quod interest, id esse quod actori abest, dicimus. Sane si quid amisit de suo, aut cum illi deferretur; consecutus non est, id in eo quod interest numeratur, de quo inter omnes convenit. Sed si quid lucri facere ipse potuit, neque fecit, etiamne hoc in eo numero habendum est, ut non minus damni quam lucri, quod non fecit, in hac re ratio habeatur? Non enim damni par ratio esse videtur, et adventitii lucri, *L. non debet*, 42. §. 1. D. *de reg. jur.* L. *ult.* §. *penult. C. de eod.* Jam ut consistat ex utroque id quod interest, sitque id, quod habere et lucrari potuit actor, si quod oportuit, factum esset: num quidquid id est, quod habere potuit, neque habet, sine exceptione æstimandum est? Quam multa enim non circa rem consistunt, quæ tamen si res præstita esset, habere actor potuisset? Postremo hoc constituto, quid in eo, quod interest numeremus: fieri tamen potest, ut hoc quod interest, rem quam ex obligatione præstari conveniebat, infinitis partibus excedat. Num ergo si id continget, quantuncunque id erit, quod interest, præstandum erit? Ita tres sunt in summa de eo, quod interest, ad sententiam legis accommodatæ dubitationes: ex quibus duæ priores, quid sit in eo, quod interest, expedient: pertinent enim ad verbi definitionem: postrema est de modo. Hæ sunt quæstiones, quæ cognita verbi significatione in hanc speciem incurrant, præterea nullæ. Quod ita esse non dubitabit, qui animadverterit his explicatis exploratum fieri, quid, quantumque ex sententia legis præstandum sit in ratione ejus, quod interest

est, de quo uno agebatur. Sed et has fuisse veterum de hoc genere dubitationes, quas Justinianus initio constitutionis intelligat, ex reliqua constitutione non difficile possumus existimare: tot enim ille decidit, neque amplius. Veterum autem dubitationes, quantum consequi possit, decidere se profitetur: de his igitur dicendum est. De his cum dixero, simul de sententia hujus constitutionis, deque omni ratione et æstimatione ejus quod interest, dixisse me putabo. Sed illam, quæ est de modo, etsi naturæ ordine, ut videtur, postremam, prius exsequar, quando et hæc a Justiniano primo loco posita est, et propter obscuritatem pluribus verbis indigere videtur.

CAP. V.

SUMMARIA.

1. *Id quod interest in casibus certis dupli quantitatem excedere non debet.*
2. Casus *quid significet.*
3. *Casus certos esse qui habent certam quantitatem obligatione comprehensam.*
4. *Item eos qui habent præter quantitatem aliam rem, cujus certa natura sit. et n.* 6.
5. *Duplum in eo quod interest, quid sit, et qua ratione dijudicandum.*

De modo et quantitate ejus quod interest, sic Justinianus constituit: In ca-
1 sibus † certis id quod interest dupli quanti-
tatem ne excedat: in incertis tantum præstetur, quanti interest. Casus autem certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam. Nos videamus primum quid quantitatis, et naturæ verbo intelligat, ut in omni genere obligationum ac judiciorum, quos certos casus esse velit, quos incertos, statuamus: deinde quod sit hoc duplum, quod dicit, et unde metiendum: tum quam hujus juris ac discriminis rationem habeat. Casus
2 † res gestas, et facta incidentia intelligit, ex quibus obligatio oritur, agiturque in id, quod actoris interest. Certam habent quanti-
3 tatem, qui † certam habent pecuniæ summam obligatione comprehensam: significat enim quantitas pecuniæ summam, ut *L.* 2. *§. ult. Qui satisd. cog. §. ult. Inst. de verb. oblig. L. stipulatio ista, §. alteri, D. verb. oblig. L. ult. De præstip.* Neque hanc obligatio certam habet, nisi cum obligatione ea certa comprehensa est, ut ex ipso genere obligationis quænam ea, et quanta sit, intelligatur. Quid naturam vocet, non perinde expeditum est. Et natura quidem rei proprie dicitur, quod ejus rei proprium est: ut, cum dicit Pomponius, naturam servitutum hanc esse, non ut quid faciat quis, sed ut patiatur, aut non faciat aliquid in *L. quoties*, §. 1. *D. de servit.* hoc omnes dici intelligunt, proprium servitutum hoc esse, et tale in quo servitutis vis consistat. Et contractus certam naturam habere dicuntur, de quibus jure constitutum est, quid contineant quibus in rebus versentur. Ut apud Justinianum in §. *adeo, Institut. de locat.* certam dicitur naturam habere contractus emphyteuticus, quod Zeno sic expressit in L. 1. *C. de jure emph.* ut diceret eum contractum certam habere definitionem, idest, substantiam a cæteris distinctam. Sed nihil tale huic loco convenit. Neque enim ulli sunt contractus, de quibus ut agi potest, ita constitutum non sit, quid eorum proprium sit, quidque in actionem et persecutionem veniat. Isto modo nulli non essent casus certi, id est, nulli qui non haberent certam naturam, quod constitutioni Justiniani adversatur.

Si quæ præcedunt, quæque sequuntur, et omnino quid agatur, proprius considerare volemus: intelligemus Justinianum naturæ
verbo † significare voluisse præter quantita- 4
tem rem omnem aliam obligatione comprehensam, cujus rei certa natura esset: ut proinde res esset æstimabilis, qua in obligatione deducta hoc dici posset tantum in obligationem aut ad summum, aut ut minimum venisse: in summa eum naturam certam pro re certæ naturæ posuisse. Quod cum per se obscurum sit, ratione eruendum est. Id vero ex his facile licebit existimare. Quid est enim quod eos casus esse certos dicit, qui certam habent quantitatem, nisi hoc declarat, metiri eum certitudinem casus et negotii, quo de agitur, ex certa quantitate, quæ in obligationem venit? Quod si ita est, an non est consentaneum, cum alia res, quam quantitas in obligationem deducta erit, ibi quoque certitudinem casus ex re ipsa nos metiri, ut certi sint et illi, in qui-

quibus alia res, cujus certa natura sit, versabitur?

Jam in casibus certis id quod interest, dupli quantitatem excedere vetat, ad duplum
5 usque exigere permittit: hoc verbo † dupli, cui dubium est eos casus designari, in quibus a principio simplum aliquod contineatur, distinctum ab eo, quod postea interesse cœpit, cum quo collatum id qud interest, cum his tantundem complexum fuerit, duplum dicatur? Etenim duplum ex ratione simpli dicitur, nec ubi simplum removeris, duplum intelligi potest. Est enim duplum quod eandem summam bis in se continet, sive, quod eandem summam altero tanto superat: ut nisi ante summam aliquam per se consistentem dederis, non sit alia quæ hanc duplet, idest, quæ eam quæ non est, contineat, aut superet. Inde semper duplum pro ratione simpli, aut majus, aut minus intelligitur. Duplum ejus quod interest, viginti erunt, si in simplo decem esse posueris: erunt ducenta, si centum in simplo inerunt: duntaxat decem, si simpli quantitas ad quinque duntaxat fuerit: idemque de omnibus aliis summis ex ratione simpli eventurum est. Non potest autem simplum intelligi, ubi in obligatione nihil est, quod possit æstimari: scilicet ut cum id præstitum non fuerit, dici possit duplum ejus quantitatis, quæ posita est, esse præstandum. Neque porro ea constitui potest, nisi ubi res deducta erit in obligationem, cujus natura, ut dixi, certa sit, ut proinde hominum judicio atque usu certam recipiat æstimationem. Quare hoc maneat, per certam naturam rem certæ naturæ intelligere nos debere.

Quo constituto quærendum est, quas res hoc verbo complectamur. Et cum ex rebus, quæ in obligationem deducuntur, quantitatem exceperis, restant species, quæ dari debeant, et facta, arg. §. *ult. Inst. de verb. oblig.* Species omnes cum Accursio et Bartolo certa natura constare nobis videntur. Quod sane nemo dubitat, si species una aliqua designata sit, quæ præstetur, ut ex ipsa conceptione obligationis, quæ, qualis, quantave sit, quæ promissa est, intelligatur: hoc enim certum esse omnes intelligunt. L. *Certum, D. si cert. pet. L. stipulationum quædam, de verb. oblig.* Sed fieri potest, ut species sub appellatione generis, aut sub disjunctione promittatur: ut, hominem dabis? Stichum aut Pamphilum dabis? quibus in generibus stipulatio incertum continere dicicitur, *L. ubi autem*, §. *qui illud, de verb. obligat.* est enim in potestate debitoris quid det: hoc autem quid det, incertum. Quapropter de his ambigi potest. Nobis quocunque modo † species promissa sit, res cujus 6
natura certa sit, promissa esse; et in qua obligatione ea res contineatur, ipsa obligatio certam habere naturam, ut nunc quidem naturam intelligimus, videtur. Multum enim interest, rem certam promissam dicas, an certæ naturæ, seu certa natura constantem. Non est certa pomissa, nisi de qua ex ipsa pronunciatione constet, quæ promissa sit. Res certæ naturæ promissa est, si quæcunque præstabitur, talis est, etiam si nunc quænam ea futura sit, ignoretur. Hujus quidem generis obligationes intelligi certam habere naturam, Justiniani sententiæ imprimis conveniens est. Ut enim nunc nesciatur, quid sit, quod debitor præstaturus est: tamen cum præstiterit, id et quid sit, et quanti ignorari non poterit: quæcunque ea res erit, hæc ipsa esse videbitur, quæ promissa est, arg. *L. cum incertus.* 13. *de legat.* 1. Id autem est simplum illud, quod quærimus, quod cum in aliquo genere obligationis repertum fuerit, ultra ejus simpli duplum, id quod interest, vetat excurrere constitutio. Ut diligentius consideranti, quærentique cur cum Justinianus quantitatem et rem intelligenter posset scribere, naturam dicere maluerit, quam rem: non aliud occurrat fortassis, cur id fecerit, nisi quod hoc ipsum voluit intelligi, non eos tantum casus esse certos, qui rem certam continerent, sed etiam, qui incertam, modo eam, quæ certa natura constaret: quod in rebus et generaliter, et sub disjunctione promissis contingit. Certi ergo casus, quibus continetur, ut aut quantitas certa, aut res sive certa, sive incerta dari debeat. In his si forte usus veniet, ut præter rem, quæ obligatione continetur, id quod interest, præstandum sit (veniet autem usus, si non simpliciter, ut res daretur, convenerit: sed ut certo loco, ut certæ personæ; neque ita factum sit, quod a me initio indicatum est) nimirum ex constitutione ita ejus ratio haberi debebit, ut duplum ejus quantitatis, quæ in obligationem venit, non excedat.

Quod ad facta attinet, ea in rebus certæ naturæ ita recte numeremus, si ut Petro et Bartolo recte visum est, ipsa conventione contrahentium definita sint ita, ut iis certa æstimatio diceretur, quod in venditionibus et locationibus accidit: quorum in altero genere id agitur, ut res vendita tradatur, in altero ut re conducta frui liceat: sed genere ipso contractus alterum certo precio æstimatur alterum mercede constituta. Unde et in venditio-

tionibus et in locationibus casus certos esse nominatim dicit constitutio. Cæterum facti æstimatione remota; facta omnia incerta, idest, non ea natura, ut proposito aliquo genere facti, dici possit, quanti sit, quod fieri oportuit, aut non oportuit, L. *ubi autem*, *id quod*, *de verb. oblig.* Sed et hoc et superiora omnia qualia sint, melius intelligetur, si per contrarium, qui casus incerti sint, explicatius dixerimus.

CAP. VI.

SUMMARIA.

1. *Casus incertos esse in quibus ejus quod interest, petitio itemque præstatio continetur.*
2. *In casibus incertis* id quod interest, *totum præstandum esse.*
3. *Quot et quæ id genus caussæ, in quibus id dumtaxat* quod interest *sit in obligatione.*
4. *Non omnes contractus habere certam quantitatem aut naturam; adeoque nec in omnibus existere casus certos.*
5. *In maleficiis etiam id tantum quod interest, atque hoc totum in obligationem venire; et quæ id genus maleficia.*

ET, si vera sunt, quæ de significatione certæ naturæ supra definivimus, relinquitur eos casus incertos dicendos esse, in quibus aut incerta quantitas, aut ut quid fiat, obligatione contineatur. Hos incertos esse, qui incertam habent quantitatem, dubitari non oportet, si ii certi recte definiuntur, qui certam quantitatem habent. Atque hi sunt casus, in quibus, de eo quod factum est, actio constituitur in id, quod interest: quantitas enim ejus, quod interest, incerta; neque alia incerta esse potest, ut quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus, quod interest. Quorum autem obligatio in eo est, ut quid fiat, hi hac ipsa de caussa quam modo dixi, incerti, quod in his incerta quantitas, idest, id quod interest, continetur: ut appareat casus et negotii incertitudinem, in omnibus hanc habere rationem quia id, quod interest in obligatione versetur.
1 Quod si ita est, commodius ita † definietur fortassis, eos casus incertos esse, præterea nullos, in quibus obligatio sit de eo, quod interest; in quibus ejus quod interest, præstatio, petitiove contineatur: ut deinde quæratur, qui sint hujus generis. Hoc vero ut dictu brevius, ita ad explicandum probandumque facilius. Quid est enim id quod interest, nisi incertum: cujus æstimatio ex eo quod actori abest, quodque ei non accessit, pendet? Et fieri potest, ut in eodem facto alias plus illi absit, alias minus, interdum ut nihil. Sit servus meus occisus, aut interceptus: erit, quod præter servi æstimationem intersit mea servum a me possideri: si forte heres sit institutus, quo meo jussu hereditatem adeat; aut quod de eo expediebat quæstionem haberi ad conscios detegendos in ea re, cujus ipse conscius esset. Fieri potest, ut nihil horum intervenerit; quamobrem etiam nihil intersit mea, nisi servum æstimari. *L. in interdict.* 6. *Unde vi.* Unde id quod interest, in facto consistere dicitur, in *L. quatenus*, *de reg. jur.* scilicet, quia cum res incerta sit, ex facti circumstantiis pendens: nulla certa definitione comprehendi possit. Inde illud consultum est, ut in obligationibus, quæ in faciendo, aut non faciendo consistunt, certam summam stipulemur, si id factum non erit, quod debuit, aut contra quam cautum est, factum erit: scilicet ne quantitas stipulationis in incerto sit. §. *ultim. Inst. de verb. obl. L. ult. de præt. stip.*

Sed faciamus id probari non posse, ejus quod interest incertam esse quantitatem, in quibus obligationibus id contineatur, eos casus incertos esse; tamen quæ obligationes ejusmodi essent, in his id † quod interest, 2
totum esse præstandum, vel ex ea definitione, quæ de casibus certis a Justiniano posita est, intelligeremus. Quod nobis satis est: id enim nunc solum agitur, an totum præstandum sit: neque ob aliam caussam, an casus incertus sit, necne, quæritur, nisi ut hoc constituto incertum esse: sic deinde id quod interest, totum esse præstandum colligatur. Quid est ergo, quod obstet, quominus quod interest, totum exigi possit? Si duplum excedet: dupli enim quantitatem excedere vetat Justinianus. Quibus ergo in obliga-

gationibus id accidere potest? An non in iis duntaxat, in quibus alia res obligatione contineatur, quam id quod interest, ut sit, quod ab eo quod interest, duplo excedatur? neque enim profecto idem esse potest, quod excedit, et quod exceditur. Quare si id quod interest, initio debebitur, idque solum continebitur obligatione, quantuncunque id erit, recte exigitur: neque metuemus, ne cum id præstabitur, duplo, aut triplo, plus præstari intelligatur, quam in obligationem venerit: cum id solum præstetur, quod in obligationem venit. Quod si id ita non est: quæro, quod in hoc genere simplum sit, cum quo collatum id quod interest, dupli quantitatem excedere dicatur? Quod si aliud nihil est: id quod interest, supra duplum præstari non posse fateamur.

3 Hujus autem generis † caussæ, in quibus unum id quod interest obligatione contineatur, sunt ex contractibus et quasi contractibus ii omnes, quorum obligatio in eo est, ut quid fiat, aut non fiat: ex eoque quod contra factum est, quam debuit, aut factum non est, quod debuit, agitur: cujusmodi præter faciendi stipulationes has esse obligationes constat, mandati, tutelæ, negociorum gestorum. *d.* L. *si quis ab alio*, §. *ult. de re jud. d.* L. *si pœnam*, L. *Quoties quis*, *de verb. oblig.* L. *si procuratorem*, §. *mandati*, *D. mand.* L. I. *D. de tutel. et rat. dist.* L. 2. *de neg. gest.* In interdictis omnia: ex maleficiis ea, ex quibus non certæ pœnæ persecutio, sed in id quanti ea res est, de qua agitur, actio constituta est, quod fit in lege Aquilia de damno injuria dato. *in* L. *ait lex*, *D. ad* L. *Aquil.* in interdicto unde vi, iis rebus amissis, quæ in fundo fuerant, unde vi dejecti sumus: L. I. §. *non solum*, *D. unde vi.* in furto, *d.* L. *qui vas*, *L. Inficiando*, §. I. *de fur.* Quapropter et omnes hæ obligationes, caussæque incertæ quantitatis: hujusmodi certe, in quibus id omne quod interest ideo præstandum sit, quia quid detrahatur, nihil est.

Sed de contractibus refragari videbitur constitutio, in qua Justinianus posita certorum casuum definitione, exempla adjiciens, ei definitioni contractus omnes subjicere videtur, his verbis: *Sancimus itaque*, *in omnibus casibus*, *qui certam habent quantitatem vel naturam*, *veluti in venditionibus*, *et locationibus*, *et omnibus contractibus*, *hoc quod interest*, *dupli quantitatem minime excedere.* Ita dicit, *veluti in venditionibus*, quasi velit venditiones et locationes, omnesque contractus eos esse casus, qui certam habent quantitatem vel naturam. Sed hoc non † sic accipiendum est; verum ita, ut in his exempla posita sint eorum negociorum, non quæ ipsa absolute et per omnia casus ii sint, qui certam naturam et quantitatem habeant; sed in quibus illi casus existant et intelligantur. In his enim generibus existunt quidem hi casus, sed non per omnia talis est venditio, non per omnia tales contractus. Itaque est hoc, *veluti*, quasi ita scripsisset, quod habere (supple certam naturam) contingit in venditionibus et locationibus, in omnibus contractibus. Hoc quidem pro certo habendum est, non intelligere Justinianum omnes contractus certam quantitatem habere vel naturam. Illud enim perpetuo meminisse oportebit, quod supra monui, metiri eum certitudinem casus non ex genere et caussa obligationis, sed ex re quæ in obligationem venit: cum eos dicat certos, qui certam habent quantitatem. Quod si ex genere obligationis id metiebatur, ita dicere debuit, in contractibus id quod interest dupli quantitatem ne excedat: in maleficiis, aut quæ alia genera caussarum nominare liberet, id totum præstetur, quod re vera abest: quod illum non fecisse, ac ne significasse quidem perspicuum est. 4

De maleficiis video a quibusdam dubitari, propterea quod in his res certa interdum videatur versari in obligatione, quæ præstanda sit, cujus certa sit natura, ac proinde æstimatio: ut in damno injuria dato, si vas ruptum sit; in furto, si idem furto sublatum sit; in rapina, si idem ereptum. In quibus vasis damnum in obligationem venire putant: ideoque si quid nostra intersit, vas ruptum, aut surreptum non esse, id non ultra duplum præstari oportere. At ego † didici, cum quid ruptum, aut surreptum est, 5 non hujus rei æstimationem deduci in obligationem: sed venire, quanti ea res est, idest, quanti interest damnum datum, aut quod aliud maleficium admissum non esse. L. *ait lex*, *D. ad* L. *Aquil.* L. I. §. *non solum*, *D. Unde vi*, L. *qui vas*, *et L. inficiando.* §. I. *De fur.* Quod si verum est, cum id quod interest, totum petatur: non duplum, aut triplum ejus, quod in obligationem venit, petetur; sed simplum id, de quo obligatio et actio constituta est: Nisi vero supra duplum ablatæ rei aliquid exigi diximus, quod non ita est. Non enim in his rei ablatæ, sed damni dati ratio habetur: non de re præstanda actio constituitur, sed maleficium vindicatur. Id autem tanti, quantum damnum datum est. Atque hoc totum in his recte peti, quod interest, vel ultra abla-

ablatæ rei æstimationem, imo vero vel ultra quadruplum, aut quintuplum, si tanti interterit, argumento servi occisi non obscure confirmatur, de quo in *L. proinde si servum* 22. *L. inde seq. D. ad L. Aquil.* sic Paulus et Ulpianus agi posse ex Lege Aquilia tradunt, ut in eo has utilitates æstimandas dicant: pœnam, si forte eum sub pœna tradendum promisi; caussas corpori cohærentes, si unus ex Comœdis, aut simphoniacis fuerit; hereditatem, si fuit heres institutus: item quanti est, quod cum magnas fraudes servus in meis rationibus commisisset, de eo quæstionem habere non potuerim, ut fraudum participes eruerentur, quæ omnia infinitis partibus servi æstimationem excedunt. Ulpianus etiam in interdicto Unde vi, sic definit, omnia quæcunque habiturus, vel assecuturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui actori, aut eorum litem a judice æstimari debere, *L.* 1. *§. non solum, D. Unde vi.* Hac vero sententia quid æquius? contraria quid iniquius? ex qua id suscipere cogimur, ut et impune quis injuriam patiatur, ubi totum quod sibi abest alieno maleficio, consequi non potest, et maleficia contra Reipublicæ utilitatem ne coerceantur? contra *L. Ita vulneratus, D. ad L. Aquil. L. Locat. §. quod illicite, De publican.*

CAP. VII.

SUMMARIA.

1. *Venditio et locatio ad casus pertinent qui habent certam quantitatem vel naturam, et quatenus.*
2. *Iidem contractus præter rem et pretium, et usum rei et mercedem, continent alias de dolo et de re ipsa præstationes, et eatenus id quod interest præstare debent.*
3. *Quare is qui vendit vas aliquod, integrum præstare debeat; non item qui hominem aut tignum vendit.*

SEd quoniam facta omnia incerta esse diximus, ex quibus id totum quod interest, præstandum sit: in quibus et contractus omnes generaliter posuimus, quorum obligatio in eo esset, ut aliquid fieret, aut non fieret; id ad aliquem modum temperandum esse videtur. Sic enim illæ conventiones, in quibus id agitur, ut quid fiat, incertum continere putandæ sunt, si hoc solum in obligatione erit, ut quid fiat, neque id factum genere obligationis, aut adjectione contrahentium æstimatum fuerit. Quod si
1 ita quid fieri debebit, ut ex eo facto † res certa quæsita sit, quæ præstari deberet; aut utilitas certa ejus facti, quæ inde percipi posset; atque ita in utrunque certum precium, aut certa merces dicta sit: non dubitabimus, quin obligatio rem certam, sive quantitatem contineat, postquam res in obligationem deducta certam æstimationem a contrahentibus acceperit. Talis est emptio et venditio: in qua sic agitur, ut res tradatur, quæ empta est, idest, ut fiat; ut tamen præcipue res ea spectetur, quam emptor in se transferri, et sibi ex emptione acquiri velit; eoque in eam rem certum precium statuitur, nec sine eo emptio est. Talis locatio et conductio; in qua sic agitur, ut in rebus locatis dominus his nos frui sinat; in aliis, ut nobis operam præbeat: ut tamen et usui rei, et operæ præbitæ certa merces dicatur, qua id quod in obligationem venit, æstimetur. Eo in casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam Justinianus primos hos numerat contractus, venditionem et locationem. Quam sententiam a Petro Bellaperticensi acceptam recte Bartolus probavit. Ac ne dubitetur emptionem certam rem continere, et talem esse, in qua ex constitutione Justiniani, id quod interest, dupli quantitatem excedere non debeat: etiam veteres idem in hoc genere juris esse statuerunt, si forte res esset evicta, ut constat ex L. *cum et forte*, 44. *de act. empt.* in locatione idem dicturi, si interrogarentur: quippe quæ iisdem legibus et regulis juris contineatur. L. 2. *Locat.*

Quo de emptione et venditione, itemque locatione et conductione, qui contractus similes æstimationes facti acceperunt, recepto: magna quæstio esse cœpit de veterum sententia, quæ fuit circa eum, qui pecus morbosum, aut tignum, vel vas vitiosum vendidisset, quive hæc eadem posteriora locavisset. Scripsit enim Julianus, ut Ulpianus refert, et probat in *L. Julianus, D.* de action. empt. *qui pecus morbosum, aut tignum vitio-*

tiosum vendidit; siquidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione præstaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, ei præstaturum. Non ultra duplum fortassis, dixerit quispiam. Imo addit; *sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem; sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit præstandum.* At quantis tandem partibus ædium æstimatio tigni precium; centum oves, quæ contagione perierunt, unius pecoris venditi æstimationem superant? Idem de eo, qui vas vitiosum locasset, placuit, sive sciens vitiosum esse, sive ignorans locavisset, L. *sed addes*, §. 1. *D. loc.* Quod cum ita sit; alterutrum fatendum esse videtur, aut non esse venditionem ejusmodi, quæ certam naturam habeat, ut supra diximus: si quidem in ea id quod interest, ultra duplum rei venditæ præstandum sit: aut si est hujus modi, minuendam esse istam veterum opinionem, de supra scriptis caussis, et ad Justiniani moderationem revocandam: quia cum res contrariæ sint, plus uno verum esse non possit. Et erat quidem ad hæc expedienda dictu proclive, ut quis ubique emptionem rem certam continere diceret, qualem esse venditionem constitutio innuere videtur: verum ipsa constitutione emendatam esse illam Juliani sententiam, postquam Justinianum veterum hac de re altercationibus finem præscripsisse constaret, id quod nonnulli fecerunt. Sed quidvis admittendum potius, quam utilissima sententia de eo, qui sciens emptorem decepit, mutanda: cum neque sit iniquius quidquam, quam dolo venditoris patrocinari, ne cujus damni sciens prudens caussam dedit, id præstet: neque æquius, quam emptorem, non pœnam; sed quod sibi abest persequentem, id consequi. Neque vero constitutio repugnat: sed videndum est, quatenus emptionem certam habere naturam dicamus. Non enim si emptio casus est, qui certam naturam habet, ut est in constitutione Justiniani, ideo in omnibus partibus, idest, in omnibus iis, quæ ex empto præstanda sunt, talis est. Ut certam naturam habere ideo intelligitur, quia res certa in eam deducitur, quæ præstanda sit, eademque certo precio æstimetur: sic hactenus talis esse judicanda est, quatenus id agetur, ut ea res præstetur a venditore: scilicet quia si forte non præstabitur, intelligetur, quanti sit, quod præstari debuit: ut si in id quod interest, eo nomine agetur, duplum ejus simpli, quod intellectum est, excedi non debeat.

Sed præter rem, quæ tradi debet, est, et quod † de se, et quod de re venditor recipiat: quæ sunt ejus generis, ut si ea non facit, nullo modo aliter æstimentur, quam pro eo, quod facta fuisse interest. Hæc quæ sint, videamus. De se hoc recipit, nihil se dolo malo in ea re facturum. Id judicio empti naturaliter continetur. *L. ea quæ in fi. D. de contrah. empt.* L. *tenetur*, §. *penul. et ult. de act. empt.* Hoc autem quanti tandem est, a venditore dolum abesse? Plane incertum, ut exemplo superiore tigni vitiosi venditi admonemur: in quo fieri potest, ut non multum supra æstimationem tigni nostra intersit, ut si non adjunxerimus ædibus, sed aut combusserimus, aut ad leviora onera adhibuerimus: fieri potest, ut in immensum intersit, eo quod in ædes preciosas contulerimus, quæ postea tigni vitio corruerunt. Totum igitur hoc quod evenerit, ut incertum præstandum. Rei quidem venditæ, quæ tradi debet, precium dicitur: et recte, quoniam potest: quanti autem sit, dolum adhibitum non esse, neque a principio statuitur, neque cum ex eventu adeo incerto pendeat, æstimari potest. Duo autem hæc inter se diversa, quæ venditor præstare debet, rem tradere, et dolum malum a se abesse. Ita unius æstimatio alterius æstimationem non continet. Ac dolum quidem præstare venditorem in eo, si sciens rem vitiosam vendiderit, quidam concedunt; in eo autem, quod sciens rem alienam vendiderit, si postea evicta sit: evictionis nomine ultra duplum non putant eum damnari oportet. Ego autem non video, quid referat, quomodo abs te deceptus in fraudem inciderim, utrum quod res vitiosa esset, neque me admonueris, ut caverem: an quod cum aliena esset, idque scires, me celaris: cum et hic propter reticentiam tuam factum sit, ut rem emerem, et in eam tamquam meam sumptus facerem: quam, si abs te essem monitus, aut non emissem, aut certe non temere, ut in re aliena, quid impendissem. At enim in evictione eo nomine agitur, quod res tradita non est, quam tradi certo precio æstimatum est. Imo duplici nomine hic agitur, et quod res tradita non est, et quod emptor dolo venditoris fraudatus est: nam alioqui etsi dolus non intervenisset, ob evictionem ageretur. Quod res tradi debuit, sit sane certo precio æstimatum. Dolum autem aut hic, aut alibi usquam a venditore abesse nulla re plane potuit

tuit æstimari. Demus tamen partem hanc emptionis qua de dolo suo venditor recipit, hunc a se abesse, abfuturumque esse, casum esse certum; non ideo magis hunc casum ad definitionem Justiniani, quæ est de casibus certis, pertinere existimem. Jam primum omnem dolum publice expedit vindicari: sed tum maxime, cum judicium bonæ fidei est, et id agitur, ut emptori suum restituatur, quod illi propter dolum venditoris abest. Quod autem ad constitutionem Justiniani attinet, ita statuo: non in hac solum, quæ ad moderandam minuendamque rei condemnationem facta est, sed in omnibus legibus omnino, quæ ad aliquem sublevandum pertinent, perpetuo hanc exceptionem ex mente et sententia legis inesse: præterquam si qua in re dolo tuo, ego, quem lex adjutum esse voluit, deceptus, fraudatusque sim: hoc enim quanvis non caveatur, exploratum esse debere, deceptis, non decipientibus jura opitulari. Cum in Senatusconsulto Vellejano generaliter ita scriptum esset, ne mulieres pro aliis reæ fierent, et si fierent, Senatus auxilium citra exceptionem polliceretur: hac tamen exceptione ab omnibus tum Juris prudentibus, tum Principibus acceptum est: si modo illæ callide non essent versatæ. De quo hæc Ulpiani verba sunt in *L.* 2. §. *verba*, *ad Senatusc.* ***Vell.*** quippe *deceptis*, *non decipientibus jura opitulantur.* Et est egregium Severi rescriptum. Ταῖς ἀπατόσαις γυναιξὶ τὸ δίγμα τ' συγκλήτου βουλῆ οὐ βοηθεῖ *Infirmitas enim fœminarum, non calliditas auxilium meruit.* Quod cum incertæ quantitatis rem esse ostenderimus: si quis dolum a se abesse promittat: cur amplius dubitemus, quin ex mente et verbis Justiniani, quanti interest dolum in omni re adhibitum non fuisse, præstari debeat, vel ultra duplum rei ejus, quæ vendita est? Quamquam et hoc ipsum de evictione testari videtur Paulus, si quis sciens alienam rem vendiderit, quantamcumque in summam emptoris intersit rem evictam non esse, venditorem omnino teneri. Nam cum in L. *Titius*, *circa finem*, *de actio. empt.* scriptum esset, præstari emptori quod interest ejus, rem non evinci, modo ne in magnam quantitatem venditor obligetur, et additum esse in fragmento sequenti, id est, ne ultra duplum teneatur: paulo post in capite rursus sequenti, cujus initium est, *Idque*, in quo relicta attexitur Pauli disputatio, ita ad extremum definit, *In omnibus tamen his casibus*, *si sciens quis alienum vendiderit*, *omnino teneri debet.* Cum et *in omnibus his casibus*, et *omnino* dicat: neque ullum casum de iis, de quibus egerat, excipit, neque ullam quantitatem.

Hoc de se venditor. De re ipsa recipit, quod de re affirmavit: hoc enim recipit ita fore, ut affirmavit. Aut igitur hoc ita præstabit, ut dixi: aut si non facit non aliter lis adversus eum æstimari potest, quam ut quæratur, quanti emptoris intersit fuisse in re, quod dictum est: huic rei neque alia æstimatio constituta ab initio est, neque constitui, ut maxime vellemus, potuit. Quod si ita est; consequens est superioribus, ut totum quod intererit, præstari debeat. Recte ergo Ulpianus in *L. Julianus*, *de actio. empt.* hæc duo inter se comparat in eo, quod interest æstimando, et quod servum furem sciens quis vendidit, et quod furem cum ignoraret, asserveravit bonæ frugi, et fidum, ut caro venderet. Et sane parum hoc a dolo differt, si quis quod nescit, temere affirmet: quod eodem loco significat Ulpianus, subjicit enim: *atqui ignoravit: sed non debuit facile*, *quæ ignorabat*, *asseverare.* Inter hunc igitur, et eum, qui scit, interest: quoniam qui scit, præmonere debuit furem esse: hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. Quæ omnia de eo qui scit vitium rei, et qui id re non esse asseveravit, ita a nobis ex Juliano et Ulpiano dicta sunt, ut iidem cum illis ipsis negemus hæc eum præstare debere, qui ignoravit, nec quicquam affirmavit. *d.* L. *Julianus.*

Quid ergo de eo dicturi sumus, qui † 3
vas sive dolium vitiosum vendidit, aut locavit? Nam hunc quidem placuit, emptori conductorive præstare debere, quod ejus interest, si vinum, aut aliud liquamen preciosum, infusum effluxerit: quamvis ille et vitium vasis ignorarit, et de integritate ejus nihil prædixerit. *L. tenetur*, §. *sed si vas*, *D. de act. empt. L. sed addes*, §. 1. *D. locati.* Quis autem nescit, vini generosi, aut unguenti preciosi æstimatio quot modis vilis forte vasis æstimationem superet; Itaque non tam jam in eo laboratur, ut explicetur, cur hic quanti interest præstandum sit, de quo nunc agitur: quam quomodo priores illas species tigni, cæterarumque rerum vitiosarum cum vasis vitiosi emptione conciliemus: cum in illis id quod interest præstandum esse negetur ab eo, qui vitium ignoravit. In quo dici non potest, quantopere ab omnibus sudatum sit, dum illud explicare conantur, quid vasis vitiosi emptio ab emptione vitiosi tigni differat: quod quam recte illi expediant, licet ex ipsorum scriptis cognoscere. Sed quæ res facit in vase vitioso, ut id quod interest præstandum sit: eadem

dem intellecta et harum caussarum conciliationem afferet, et cur totum id quod interest præstandum sit, docebit: simul quam in hac specie omnia superioribus sint consentanea, declarabit. Quæ igitur caussa est, cur ab eo qui vas vitiosum vendidit, id quod interest præstetur; Quia non solum in id obligatur ex emptione, ut vas sic tradat, ut habere emptori liceat, sed etiam ut præstet integrum et nec vitiosum. Vide *L. tenetur*, §. *sed si vas*, D. *de act. empt.* Cur potius, quam qui tignum vendit, aut res cæteras? Quia recipit ita esse; vas tale esse affirmat. Qui tandem? cum de eo quæstio proponatur, qui de vase nihil plus affirmarit, quam de tigno? Vis ipsa verbi hoc facit. Qui vas se vendere dicit, hoc dicit idoneum se, idest, nec vitiosum vendere: quoniam vas pertusum vas non sit: est enim vas instrumentum ad aliquid capiendum idoneum. *L. cum aurum*, §. *argento. D. de auro et argen.* L. Non est autem idoneum ad capiendum, quod immissum continere non potest: ne vas quidem igitur. Quod si verum est: non modo hac re non præstita erit emptori eo nomine actio in id quod interest, cum id receptum sit, quod in faciendo erat: sed etiam ad eam regulam, quam de receptis posuimus, hoc pertinebit, ut quanticunque interesit emptoris vas integrum traditum fuisse, cum id solum in obligatione fuerit, tanti lis æstimetur. Nihil tale in homine aut tigno, et cæteris rebus recipitur ab ignorante, et eo qui nihil nominatim affirmavit: quæ res facit, ut his vitiosis traditis, non modo in omne id quod emptoris interest, venditor non teneatur, sed ne in id quod interest quidem. Etenim homo vitiosus, nihilominus homo; et tignum vitiosum, nihilominus tignum est. Neque enim tigno ad ædes fulciendas contignandasve tantum utimur, sed et ad alias res. Et ut ad ædes eo quanvis vitioso utamur, non statim inutile est: non potest totius domus onera ferre, non potest gravia? At feret aliqua, certe quidem leviora. Quid si etiam in imo locetur tignum? sive integrum sit, sive vitiosum, quidquid superstruxeris, consistet: cum terra a fundamentis sustineatur, ne satiscat. Ex quibus intelligitur, quos in omni genere obligationum casus certos, quos incertos accipere debeamus: quorum in his quod interest, totum præstetur; in illis non ultra duplum Justiniani constitutione.

CAP. VIII.

SUMMARIUM.

1. *Dupli ratio in hac constitutione quæ sit ineunda.*

UBI totum præstandum est, de modo ejus nulla quæstio. Ubi non supra dupli quantitatem, circa dupli rationem hæc quæruntur, quid dupletur, tum an in duplo simplum insit, necne. Duplum, quod jam supra diximus, intelligimus simpli duplum. Simplum id, quod in obligationem deductum est, cujus æstimatio certa sit, aut natura, aut conventione contrahentium definita: ut si, quia id non præstatur, in id agatur, quod interest, idque longe egrediatur precium rei, tum id ultra precium rei non exigatur. Quid ergo si rei precium certum dictum sit, ut in venditione, res autem quæ detracta est, pluris, aut minoris valeat, ut non idem sit quod dictum est, quanti res valet? Utrius potius rationem habebimus in statuendo duplo? Nam pro ratione ejus quantitatis quæ duplatur, si quidem varia est, majus aut minus sit duplum, necesse est. Puto precii ejus, quod dictum est, habendam rationem, ut ne ultra duplum ejus precii in id quod interest, venditor damnetur, utcunque res pluris sit, aut minoris. Ita fiet scilicet recte, ut in re quæ ex consensu valet, non tam quid sit in re, quam quid contrahentibus placuerit, consideretur. Sic duplam ex caussa evictionis cum præstandam esse dicimus, duplam æstimationem non ad id quod res valet, sed ad precium quo res distracta est, referri constat ex L. *si fundo*, *de evict.* Id ipsum et ex eo colligitur, quod cum in *L. Titius*, *circa fin. D. de act. empt.* Scriptum esset, re evicta præstandum esse id omne quod interest, dummodo ne id supra modum precium excessisse proponatur: in fragmento sequenti subjectum est, quod ad horum verborum explicationem pertineat, non ultra duplum periculum subire venditorem oportere: quo loco hoc, *ultra*, aliter accipere non possumus, quam ultra precium rei, de quo nimirum quærebatur, quatenus id excedi posset. An

in duplo simplum insit, an vero eo quod interesse cœpit, bis precium rei, sive quantitatem obligationis excedente, id ipsum præstetur, et nihilominus rei precium; quæstio est, non ad hanc tantum, sed ad omnes leges pertinens: in quibus actio, condemnatiove in duplum, aut triplum, aut quadruplum statuitur. In qua ita definiendum videtur, semper in duplo triplove simplum id quod duplatur, contineri: nisi si clare ut dupli, ita separatim et simpli ejus, quod obligationi caussam dedit, actiones constitutæ sint, quod fit in furto. Id Justinianus aperte probat in §. *ult. Instit. de oblig. quæ ex delic.*

CAP. IX.

SUMMARIA.

1. *Quæ ratio Justiniano fuit modum statuendi in casibus certis ejus quod interest.*

2. *Quid novi hactenus statuit de modo ejus quod interest Justinianus, quod fuerit veteribus ignotum.*

Quam rationem hujus juris constituendi habuerit Justinianus, videndum est: non abs re; cum potius contra illud existimari potuerit, quod mihi abest facto tuo, id mihi abs te dependi æquum esse, meque abs te indemnem reddi: aut si quibus in casibus id æquum non est, consentaneum eandem æquitatem in omnibus servari. Et quod ille † ejus quod interest, statuit modum, hanc habuit caussam, ne pœna justo plus culpam excedat: cum ne illæ quidem pœnæ, quæ conventione constant, et promittuntur hac conditione, si factum non sit, quod fieri oportuit, aliter quam cum competenti moderamine proferri debeant. Id enim voluit illis verbis constitutionis; *cum sciamus*, et quæ sequuntur. Sed hoc moderamen quod sit, et num has pœnas intelligat, quas dixi, mihi constitutum est ad extremum dicere. Nunc de ratione Justiniani loquor: quæ si eo pertinet, quod dixi, ut mihi nunc concedi volo, recte colligit. Nam si id totum, de quo convenit, non semper præstari æquum est, quanto minus conveniet id præstari, de quo nihil placuit, ac ne cogitatum quidem est? Est enim genus pœnæ, ne erretur, si quis quod creditor consequi potuit, præstare cogitur, ubi ex eo ad ipsum, cum quo agitur, nihil pervenit. Quod si quis pœnæ modus esse debuit: jam hic justus esse visus est, si præter id quod ex obligatione præstari debuit, ideo quia præstitum non est, altero tanto amplius a reo inferatur. At enim quod creditori abest, id illi dependi æquum est. Si de patrimonio ejus quid abiit, sane æquissimum, cum suum repetat. Sed si in eo quod interest, id etiam persequitur, quod sibi abest, ubi consequi tantum potuit, non debet sic hujus ratio haberi, ut graviore pœna a reo id exigatur. Non enim eandem placuit rationem esse repetitionis, et adventitii lucri. L. *non debet*, 41. §. 1. *de reg. jur.* abundeque creditori esse debet, quod non modo in damno non moretur, sed etiam ejus quod extrinsecus obtingere potuit, partem optimam consequatur.

Quid tamen quod veteribus de modo ejus quod interest, idem placuit, ut idem † a Justiniano caveri supervacuum: certe non in ejus constitutione novum quod ille existimari vult, fuisse videatur? Paulus evicto homine vendito, in actionem ex empto venire ait, non precium tantum, sed etiam quod interest emptoris servum non evinci; ita tamen, ut si in tantum precium excessisse proponatur, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, iniquum sit eum in magnam quantitatem obligari: *veluti si ponas*, inquit, *agitatorem postea factum, vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo precio veniit.* hæc in L. *Titius.* 43 *in fin. D. de act. empt.* Deinde modus ex Africano statuitur in fragmento quod sequitur, his verbis: *cum forte idem mediocrium facultatum sit, non ultra duplum periculum subire eum oportet.* Sed neque in omni caussa admittit Paulus, ut omne quod interest non præstetur: neque Africanus in proposita specie aliter, quam si venditor, qui ob evictionem convenitur, mediocrium forte sit facultatum. Justinianus sine caussarum exceptione de genere toto ejus quod interest, statuit. Quod autem ille in iis casibus qui certam quantitatem habent, vel naturam, hunc modum præfinivit, in aliis non item: rerum ipsarum conditio in caussa est, quæ idem constitui non patitur. In casibus enim certis duplum intelligi potuit: cum in obligationem veniret

a prin-

a principio, quod duplari posset. In incertis aut nihil, aut totum quod interest, præstari necesse est: cum nihil aliud in obligationem venerit, neque fieri possit, ut cum id exsolutum erit, ultra duplum alterius rei; quæ in obligatione nulla est, exsolutum videatur.

CAP. X.

SUMMARIA.

1. *Quemadmodum damni, sic lucri habenda ratio est in eo quod interest.*
2. *Quidam veterum loci, qui videntur in speciem contrarii, explicantur* et seq.
3. *Lucri scilicet habenda ratio quod quis jure suo facere potuit, non ejus quod fit cum alterius injuria.*

Dixi de modo ejus quod interest, quod ad intelligendum Justiniani de ea re constitutionem satis esse videbatur. Deinceps illa videbimus, quæ duo reliqua de re quæri dixi. In quibus prius illud erat, utrum in
1 eo † quod interest reputando, quemadmodum si quid de nostro deminutum est, damni: ita si quid lucrari potuimus, neque fecimus, ejus lucri ratio habenda sit: etsi id quod interest nostra quid fieri, id quod utile est recte interpretamur: ac fieri aliquid duabus hisce de caussis utile est, tum uti de nostro nihil decedat, tum uti eo facto aliquid consequamur: constitutum hoc esse debet, utriusque rei in eo quod interest, pariter habendam esse rationem. Recte igitur hæc sententia a Justiniano comprobata est hac constitutione: quam eandem veteribus placuisse dicit. Quod ipsum ex innumeris locis Pandectarum sciri potest: quorum in aliis hæc eadem sententia expressa est: ut in L. 2. *in fin. D. de eo quod cer. loc. L. si fundus*, D. *loc.* L. *si commissa*, *D. rem rat. hab.* in aliis exempla suppeditantur earum rerum, quas consequi et lucrari potuimus: quæ omnes præstari debere dicuntur, ut *L. proinde si servum. L. Inde Neratius*, *D. ad leg. Aquil.* L. *in hanc*, *D. de dam. inf.* L. *si procurator ratam*, *D. rem. rat. hab.* Et hinc scilicet id quod interest, initio definivimus.

Res jam supra confecta esse poterat, nisi nos loci † quidam in Pandectis impedirent,
2 in quibus aperte lucrum removeretur ab eo quod interest. Ex quibus duo hi plane refragari videntur. Paulus *Cap.* 26. *D.* de dam. inf. *Proculus ait: cum quis jure quid in suo faceret, quanvis promisisset damni infecti vicino: non tamen teneri eum a stipulatione: veluti si juxta mea ædificia habeas ædificia, eaque jure tuo altius tollas: aut si in vicino agro tuo, cuniculo vel fossa aquam meam avoces. Quanvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias: tamen ex stipulatione actio mihi adversus te, qui damni infecti mihi caveris, non competet: scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur: multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur: mihi videtur vera esse Proculi sententia.* Hæc Paulus de ratione damni et lucri, et quidem in damni infecti stipulatione, in quam quanti ea res est, venire constat, idest, id quod interest *L. in hanc*, *D. de dam. inf.* Jabolenus in *L. si is cui*, 72. §. *ult. D.* de fur. *Ejus rei*, inquit, *quæ pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quanvis usucapere quis possit: quia furti agere potest, cujus interest rem non surripi. Interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus qui lucrum facturus est.* Est et tertius Pauli locus in *L. si sterilis*, 21. §. *cum per venditorem*, *D. de act. empt.* in quo ille lucrum æstimandum esse negat. *Cum per venditorem*, inquit, *steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa rem ipsam consistit, neque enim si potuit ex vino puta negotiari, et lucrum facere id æstimandum est.* Sed ut intelligatur hoc loco Paulum non ideo lucrum excludere, quia putet damni tantum, non lucri habendam rationem; non solum id lucrum removet quod circa rem non consistit, sed etiam damnum, quod sit ejusmodi. Addit enim *non magis id lucrum æstimandum esse, quam si emptor triticum emerit, et ob eam rem quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit. Nam precium* tri-

tritici, non servorum fame necatorum eum consequi: quod cur de damno hujus generis dicat, paulo post videbimus: nunc hoc agitur, sitne in eo quod interest ita damnum æstimandum, ut lucri, quia lucrum sit, ratio non habeatur, quod prioribus tantum duobus responsis effici videtur. Damnum enim admisisse illos, lucrum simpliciter excepisse constat. Et quo magis Justiniani constitutioni adversari intelligantur, non in una aliqua re id exceptum est; sed generales sunt eorum locorum definitiones: multum interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro quod faciebat, prohibeatur: item interesse ejus qui damnum passurus est, non qui lucrum facturus est. Ergo, dixerit aliquis, quia Justiniani constitutioni contraria responsa sunt, ea abrogata esse sciamus, neque amplius laboremus. Et quidem hoc restabat, si eorum locorum auctores ab aliis Jurisconsultis dissensisse, voluisseque in universum non eandem esse rationem lucri, et damni constaret, sic ut contrariæ veterum de hac re sententiæ fuisse proponerentur. Sed si veteres in ea re unum idemque senserunt, ut qui id quod interest, ex lucro quod facere potuimus, æstimant, tamen iidem superiora responsa probent: ipsa constitutio repugnat, quo minus ea abrogata esse existimemus. Tantum enim abest, ut veterum sententiæ, si modo hæc una fuit, quidquam contrarium inducere voluerit Justinianus, ut in hanc ipsam secutum se esse ostendat; qui ideo dicat se id quod interest, ex lucro et damno amplexum esse, quia veteres idem statuerint. Quod ut non fecisset: tamen si quid recte in hoc genere et consentanee veteres statuissent, id ipsum et post constitutionem ejus manere oporteret, quod neque illum immutasse probaretur, neque caussam fuisse, cur immutaret. At ut appareat, qui ex veteribus hoc, quod Justinianus dicit, censuerunt, eosdem illa quæ retulimus probavisse, itaque unum sensisse: Paulus est, qui illam Proculi sententiam refert, et sibi veram videri dicit: cujus ipsius illa sententia et definitio est, quam supra posuimus: id quod interest esse quod mihi abest, quodque lucrari potui. *d. L. si commissa, rem rat. hab.* Adde, quod confirmat Justinianus veteres id quod interest, isto modo statuisse. Quod declarat omnium unam hanc fuisse sententiam: alioqui re in diversas sententias distracta, non minus vere dicetur, veteres id quod interest ex lucro non statuisse, quam statuisse.

Relinquitur igitur, ut quærendum sit, quid hac de re veteres senserint, quod Justinianus secutus cum sit, nunc quoque retinere debeamus: unde hæc difficultas, quam dixi, nascitur. At enim ut superiora responsa scripta sunt, quis consensus, dicat aliquis, inter illos videri potest? Summus. Recte enim sentiunt, si modo etiam id quod sentiunt, satis explicarent, qui † monent, veteres id quod 3
interest ex damno et lucro statuisse, sed lucrum cum dicunt, injustum excepisse: id vero superioribus responsis indicari, ut animadversis caussis quæ proponuntur, earumque ratione intelligi poterit. Qui tandem? quia in altero proponitur is, qui queratur vicinum facere quid in suo, quo facto adimatur agenti ea commoditas, quam ex illius vicini patientia et beneficio antea percipiebat: in altero is, qui rem alienam, quam in hereditate reperit, pro hereditaria, idest, sua possidebat, ut hoc pacto prosit ei possessio ad usucapionem, et ea sublata, ideo hanc sibi abesse queratur, quod eam usucapere, et ita lucrifacere potuerit. Quorum in utroque lucrum ex re aliena captatur invito domino. Hoc vero ejusmodi lucrum est, et quod antea nullo jure feceris, et quod nunc cum facere postules, injustum ideo sit, neque probabile, quia aut invito domino quæratur, quem jus gentium moderatorem esse vult et arbitrum rei suæ, L. *in re mandata*, *C. mand.* aut cum injuria domini sit conjunctum. Ex quo intelligi debet, quod modo dixi, sic lucrum veteres esse interpretatos, ut justum quod esset, idest tale, quod quis jure suo facere, quod parare sibi ex re sua aut aliena liberalitate potuerit, id reputandum esse vellent. Si quod autem nullo jure facere potueris, aut debueris, id non putarent esse æstimandum. Quod profecto ejusmodi est, ut quanvis Justinianus de veterum sententia nihil locutus præcise lucrum æstimari jussisset, in ejus tamen constitutione esset intelligendum: scilicet quia lucrum lex nominet: non habeatur autem lucrum, quod jure facturus non fueris. Sic ea, quæ contra jus fiunt, nec fieri potuisse: *L. filius, de condit. inst.* sic non justi metus, non justi erroris nullam esse æstimationem dicere solemus. L. 6. *quod met. cau. L. vani, de re. jur. L. regula ver. quod si ideo, D. de jur. et fact. ign.*

Sed hæc fortassis recte et citra controversiam potuisse dici videntur, siquidem exemplis injusti lucri allatis, qualia in superioribus responsis proponuntur, id ipsum, uti proponebatur, in his æstimandum esse Proculus, aut Jabolenus negavissent. Sic enim

in-

intelligeremus eos, cum de certo genere responderent, de cæteris, quæ in eadem ratione non essent, non idem judicasse: at hoc contra ab illis factum est. Non enim in iis speciebus quæ allatæ erant, constiterunt, sed ab iis discendentes, definitione generis usi sunt, ut in his ideo negarent lucri habendam rationem, quia ita definirent, non eandem caussam esse ejus, qui damnum passus sit, et qui lucrum non fecerit: hujus etiam non interesse viderì, qui lucrum facturus fuerit: quæ definitiones ad omnes species lucri pertinere videntur. Imo definitiones ad species propositas accommodatæ sunt, nec de alio lucro, quam injusto, quale proponi illic diximus, accipi possunt: quod an ita sit, consideremus. *Non debet*, inquit Proculus, *videri damnum facere is, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur.* Cum de stipulatione damni infecti agat, et illud quærat, an ex opere vicini damnum vicino datum sit: sententia cogit, ut illic et damnum intelligamus, quod a vicino prædio opere facto inferatur, et lucrum quod ex eo loco fiat: ut sit sensus, non debet videri damnum a vicino prædio facere is, qui eo veluti lucro, quo adhuc ab illo utebatur, prohibetur. Sed ne sententiam scribentis spectemus, quæ ex re proposita manifesta est, verba urgeamus. Ait Proculus, *qui lucro prohibetur, quo adhuc utebatur.* Si verba sequi volumus, is lucro uti dicendus est, cujus id proprium lucrum non est, sed in eo nihil amplius est, quam usus: quod ita fit, si aliena patientia et liberalitate eo utamur: quod enim lucrum nostro jure invitis aliis facere possumus, id vere nostrum possumus appellare: unde et hoc non absolute lucrum, sed quasi lucrum Proculus nominat. Ait ergo non debere videri damnum facere, qui hoc veluti lucro prohibeatur. Recte: Is enim damnum facit, cui aliquid de patrimonio deminuitur, sive id jam habuit, sive certo habere potuit, L. 3. *de dam. inf.* In alieno autem beneficio nihil amplius nostrum est, quam quod dominus nostrum esse voluit, et quandiu voluit: voluntate revocata nobis no datur quidem quidquam, sed nihil adimitur: tandiuque æquum est nos alterius liberalitate uti, quandiu ille patiatur. L. 2. *de precar.* Jabolenus ita definit, interesse ejus videri, qui damnum passurus sit, non ejus qui lucrum facturus sit. Videndum est, ubi hoc dicat: nempe enim de furti actione loquens, antea posuerat actionem furti competere ei, cujus interest rem non surripi: hoc interpretatur, cujus intersit rem non surripi: hoc enim quærebatur: et ideo quanvis ita simpliciter subjiciat, interesse autem ejus videtur, tamen id sic accipiendum est, quasi adjecisset: interesse autem ejus videtur rem non surripi, qui damnum passurus sit, non ejus qui lucrum facturus sit. Unde observandum est eum non definire, quid sit hoc, interesse: sed cujus intersit, quod in quæstione positum erat. Hoc vero recte, et prioribus convenienter, in actione furti interesse ejus, qui damnum facturus sit, non qui lucrum: quoniam in hoc genere, aut damnum tantum agentis futurum est, aut si quis lucrum in re surrepta facere vult, non potest id, nisi injustum lucrum videri. Etenim si res surrepta nostra est, hoc quidem aperte damnum est, ubi res nostra de patrimonio aufertur: si aliena, cujus custodiam præstare debeamus, et hic quoque damnum nobis paratum est, si hac recepta damnum luere domino cogimur. Quod si ea non recepta nihil aliud eo nomine nobis abfuturum est, cur nostra interesse dicamus eam recipi, non alia caussa a nobis reddi potest, quam quod possidendo eam quærere potuimus, et hoc possessionis lucrum facere. At hoc, ut supra ostendi, ex re aliena non honeste obtenditur. Ita fit, ut hac quoque definitione quanvis generali, tamen quia ad actionem furti tantum pertineat, nihil nisi injustum lucrum ab eo quod interest, excludatur. Sit ergo constitutum, quod proposuimus: id quod interest, non ex damno solum, quod quis passus sit, dum quid de suo amittit, sed etiam ex eo, quod consequi et lucrari potuit, quod quidem jure facere potuerit, esse æstimandum: et quod idem valet, æstimandum esse quod, si factum esset quod oportebat, is ad quem ea res pertinet, habiturus fuerit: sive quid de suo salvum habere et retinere potuit, quod alieno facto amisit: sive quid parare aliunde, et in patrimonium redigere, quod eadem injuria non fecit: in summa, quod habere potuit, quod ei nunc abest.

CAP. X.

CAP. XI.

SUMMARIA.

1. *Quid sit in* Constitutione *damnum quod induci revera dicatur, adeoque sit ex ipsa* Const. *præstandum.*
2. *Utilitas, quæ circa rem non consistit, duplex, utraque qualis sit et n.* 3.
4. *Contra qualis ea utilitas quæ circa rem consistit.*
5. *Utilitatem omnem quæ circa rem consistit, cum de eo quæritur quod interest, in æstimationem venire.*
6. *An et illa utilitas æstimetur quæ circa rem non consistit, quæstionis occasio duplex juris locus Pauli alter, alter Ulpiani.*
7. *Bartoli expositio reprehenditur.*
8. *Item Alciati opinio improbatur.*
9. *Quæ sit auctoris ea de re opinio, et quæ utriusque loci facta ab eo conciliatio.*
10. *Adjectio loci non tantum, sed et temporis et personæ facta solutioni, in caussa est cur omne quod interest æstimetur, solutione non ita facta.*

NUM omne sine exceptione, quod quis habere potuit, æstimandum sit, et hoc quid sit, cognoscendum est: hoc enim erat alterum, quod de re, quæ verbo continetur, quæreremus: ex tribus autem propositis tertium. Et scriptum hoc a Paulo est in L. *si sterilis*, §. *cum per venditorem*, D. de act. empt. *Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnem utilitatem in æstimationem venire: sed eam quæ modo circa rem consistat.* Eam quæ non consistat, excipit, et eam quam intelligat, exemplis docet. *Neque enim*, inquit *si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id æstimandum est, non magis quam si ideo, quia triticum datum non est, familia fame laboravenit.* Quid Justinianus? † Et is hunc lo-
1 cum attingens in hac constitutione, et quasi decidens, si quid damni inducatur, id ut præstetur, jubet: sed addit, si quod re vera inducatur damnum: idemque se in lucro quod absit, amplecti dicit. Ex quo intelligitur esse, quod quis habere potuisse dicatur, quod tamen cum non habeat, non continuo illi re vera abesse dicendum sit. Id Justinianus non vult esse æstimandum. Horum utrunque quid sit, magna quæstio est: quam si explicamus, operæ pretium facimus. Nihil enim ex omnibus quæ in hoc genere quæruntur, minus intellectum, aut explicatum est. Sed utrum Paulus de omnibus caussis idem senserit, quod scripsit, de vini et tritici venditione; et adeo an id dicat, quod conveniat cum sententia Justiniani, quando uterque iisdem verbis de hac re non utitur, dubitationem habere potest. Illud non potest dubitari, quin Justinianus id dicat, quod in omnes caussas, in quibus de eo quod interest agitur, valeat, et cum valere debeat, ad id etiam sit, quod Paulus et veteres dixerunt, revocandum. Quare recte atque ordine fecerimus, si quid sit hoc re vera in Justiniani constitutione spectabimus. Ita etiam facilius, quid sit illud, quod Paulus dicit, intelligetur. Quod re vera inducitur damnum, inquit Justinianus, id præstetur. Id habet hanc sententiam, ut non continuo quod haberi potuit, eo præstito quod debebatur, id quasi absit, æstimetur: sed quod cum aberit, dici possit, re vera abesse ideo, quia datum, factum non est, quod debuit. Hujus generis nobis id videtur esse, in quo hæc duo sint, ut et haberi certo potuerit, et potuerit ex eo solo quod præstandum erat, non aliunde: utilitas enim quæritur propria ejus rei, sive facti, de quo agitur: quæ tunc futura esse videtur, cum duo illa concurrent, quæ dixi. Et quo intelligimus duas utilitates his verbis removeri.

Unus genus † est, si quid ita potuerit 2
haberi, ut potuerit etiam non evenire: quantumvis ejus habendi spes objectu fuerit, sitque tale, ut sæpe alias ex eodem facto consueverit parari, atque etiam is qui agit, sæpe idem alias sit consecutus; non eo magis æstimabitur. Non recte enim se quis habiturum fuisse dicit, quod se ita habiturum fuisse non probat. Neque id probat quisquam, nisi ubi constat id ita fuisse futurum. Quod si quid re vera quis habiturus non fuit, ne abest quidem re vera: quoniam id abest cuique, quod cum habere posset, amiserit. Id in retibus ruptis circa legem Aquiliam ab Ulpiano positum licet ad res omnes ejusdem generis

ris transferatur. Is in L. *quemadmodum*, §. *idemque Labeo, D. ad L. Aquil.* scribit ad hunc modum: si culpa nautarum navis in retia piscatorum inciderit, et retia fregerit, quæ alioqui ad pisces captandos erant disposita: agi ex lege Aquilia adversus nautas, ut æstimetur scilicet, quanti ea res est. Sed in lite æstimanda, *retium; non piscium: qui ideo capti non sunt, fieri æstimationem: cum incertum fuerit*, inquit, *an caperentur. Idemque* ait et *in venatoribus et in aucupibus probandum.* Nihilo ergo magis et in negotiatoribus pecunia, aut merce quæ debebatur, non reddita, ea lucra forte æstimabuntur, quæ adhibita aliqua industria obtingere potuerunt, quæ quibusdam obtigisse aliquanto certum sit, in iisque quærendis rem aliis bene cessisse: sed ita, ut non sit exploratum ita futurum fuisse, et sæpe aliter res cadit. Plane si in contractu actum sit, ut incertus captus piscium æstimetur; is æstimandus est propter conventionem. Quod accidit, cum jactus piscium emptus est, et piscator venditor rete jactare noluit. Hic, inquit, Celsus, *incertum ejus rei æstimandum est* L. si jactum *D. de act. empt.* Quippe id actum in hac venditione apparet. Hic enim venditur non jactus, sed quod capietur eo jactu. Unde hoc agi intelligitur, ut id captum præstetur. Non potest præstari, cum piscator rete non jecit, quo caperet. Restat igitur, ut quod capi potuit, æstimetur, præsteturque ea æstimatio ex conventione. Incerti autem hujus æstimatio ad id quod consuetum est capi, redigetur. *arg. in L.* 1. *in prin. D. de usur.* L. *quod si* §. *quia, D. de æd. ed.*

3 Alterum genus † removeri putamus, si quid est ejusmodi, ut quamvis petitor certo habere potuerit, potuerit tamen non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur. Non est enim ut dici possit, ex inopia rei debitæ magis, quam alterius rei, utilitatem aliquam nobis periisse, si eam utilitatem ex alia re nihilominus, quam ex ea, quæ debebatur, capere potuimus. Exemplis res plana fiet. Atqui hujus generis exempla esse arbitramur, quibus Paulus utitur in eo loco, quem modo retulimus. Quod si verum est: quid caussæ est, quin superioribus illis verbis *utilitatis* idem Paulum, quod Justinianus, sensisse: vel potius quod a Paulo dictum erat, idem Justinianum exprimere voluisse, et quod Paulus in uno genere exempli gratia scripsit, id in omnibus, in quibus de eo, quod interest, agitur, itidem ut in venditione, locum habere existimemus? Sed exempla Pauli expendamus. *Non*, *inquit*, *si potuit emptor ex vino puta, negociari, et lucrum facere; id æstimandum est non magis, quam si ideo, quia triticum datum non est, familia ejus fame laboraverit.* Quod vino tradito potuit emptor negociari, et lucrum facere, utilitas est ea, quam emptor re tradita consequi potuit: verum hæc, quamvis constaret haberi eam potuisse, ex re non nascitur: si quidem pluris vendere, aut permutare emptor potuit, quam res communiter valet; sed ex negociatione, id est, ex opera et industria negociantis, qui ideo lucrum facit, non quia res tanti sit, sed quia alii indigeant, qui eam rem emptam velint: eaque occasione nunc utitur. Quod profecto nemo ex re proficisci dixerit: cum etsi in re nihil sit, possit quis hoc modo lucrum facere, si quis hereditatem, quæ non sit solvendo, quia alius eam habere velit, vendat. L. 3. *D. ad* L. *Falcid.* Et ut maxime res sit, quæ veneat: non queat tamen venditor hoc lucrum ex re percipere, si quis rem quanti est, æstimare velit, non aliena indigentia, aut ignorantia emptoris abuti: quæ ut contingant, in casu tamen posita sunt, non in re. Denique aliud esse ex negociatione nasci, aliud ex re, aperte Paulus docet in L. *venditor*, ver. *nam si*, D. *de hered. vel act. vend.* his verbis: *si hominem tibi vendidero et nec dum tradito eo alii quoque vendidero, preciumque accepero: mortuo eo, videamus*, inquit, *ne nihil tibi debeam ex empto, qui moram in tradendo non feci*: et addit: *precium enim hominis venditi non ex re, sed propter negociationem percipitur.* Jam illud, quod tritico accepto, familiam alere potui, atque ita consequi, ne familia fame laboraret, quis neget utilitatem esse, quam tritico soluto percipere potuerim? non tamen hæc ex eo tritico, quod mihi tradere debuisti potius, quam ex alio. Indicio erit, quod non magis ea utilitas mihi amissa est, id est, non magis familia mea fame laborabit, quia triticum a te non habui, quam quia aliud non habui: quod si aliud quodvis haberem, æque familiam salvam habere potui. Non igitur utilitas ejusmodi, cujus si fiat damnum, dici possit id vere inferri venditionis cassatione, quando id rei non solutæ assignare non possis potius, quam emptoris inopiæ. Cur ergo dependatur, cum si dicas hoc damnum accepisse te, quod tritico meo, quod debui, carueris, hoc ego æque vere dicturus sim, propter factum Titii id te accepisse, quoniam æque triticum ejus non habueris?

Atque hujus generis utilitates eas esse vult Pau-

Paulus, quæ circa rem non consistunt. Quæ
4 ergo æstimandæ? an non † eæ solum, vel ex sensu Justiniani, quas vult Paulus, et circa rem consistentes dicit? Plane hæ ipsæ. Solæ enim esse reperientur, quæ cum aberunt, re vera amissæ, et quod Justiniani constitutio exigit, quarum damnum re vera factum intelligatur. Nam ut exempla Pauli missa faciamus, verba ipsa consideremus: quam tandem intelligere possumus utilitatem circa rem consistere, nisi quæ rem circumsistat, ei cohæreat, a re non divellatur? Quæ autem non divellitur, nisi in qua illa duo sunt, quæ posui, ut re quæ debebatur, præstita, hæc utilitas rei adjuncta sequatur: eadem re detracta, hæc ipsa utilitas subducatur, nec quæratur aliunde? cujus hæc sit nota, ut si forte percepta non sit, cum vellemus, ideo tantum factum sit, quia re debita caruimus? hujus generis sunt, exempli gratia, servi nostri occisio, quod operas ejus vivi percipere potuimus; quod hereditatem per eum parare, ex qua heres institutus erat; quod de conscio quæstionem habere, ut veritas erueretur; quod eo inter Comœdos habito pluris chorus fuerit, quo occiso chorus non sit futurus. Hæc enim omnia revera ob hanc unam caussam amissa, quod servo caremus: et ideo ob hanc unam caussam, quia ista a servo duntaxat, non aliunde sperare potuimus. Merito igitur harum rerum damnum in lege Aquilia æstimandum esse traditur, in *L. proinde, et* L. *inde Neratius*, *seq. ad legem Aquil.* Huc pertinet, quod eum qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinæ ea ædificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit: impensas ejus rei consequi posse Cassius scripsit. Idemque juris esse, cum propter vitium communis parietis qui sibi cavit damni infecti, onerum eorum relevandorum gratia quæ in parietem communem incumbunt, ædificia sua fulsit. In eadem caussa esse detrimentum quoque, quod propter emigrationem inquilinorum factnm est, in *L. in hanc, D. de damn. infect.* Omnia enim ex metu ruinæ, quæ si non fuisset, omnia is qui stipulatus est, integra haberet. Unde vere dicetur, quia vitiosæ ædes secus habitæ sint ac oportuit, hæc detrimenta contigisse, neque aliam caussam esse. Non exigimus ut ea utilitas, quam circa rem consistere dicimus, ex corpore rei nascatur; quasi idem sit in re, quod circa rem; et quæ extra rem sit, circa rem non consistat: in quo innumeros falli scimus. Si ea utilitas per rem acquiritur, si ejus parandæ caussa est in re, quæ debetur, quantunvis extrinsecus veniet, ea circa rem consistit: utpote quam res ipsa secum fert, sibique adjunctam habet. Servus venditus et traditus, heres institutus est: hereditatis utilitas inter eas, quæ circa rem consistunt, numerabitur, quia hanc per servum habere potuimus. Itaque cum in emptione eam utilitatem duntaxat æstimandam dicat Paulus, quæ circa rem consistit; tamen inter omnes constitit servo eo quem dixi, evicto judicio ex empto, non modo ob servum evictum, sed etiam ob hereditatem amissam agi posse. *L. venditor*, *de evict.* Quid? mercedes ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, precium ex re, quarum rerum utilitatem maxime circa rem consistere convenit, nonne extra rem veniunt aliunde? Et si vere judicare volumus, omnem utilitatem, quæ circa rem consistat, extra rem esse necesse est. Quare in hac re quid pareretur, et unde veniat; sed unde ejus quærendi caussa nascatur, spectandum est. Quæ si nascitur ex una ea re quæ debetur, recte eam utilitatem circa rem consistere dixerimus.

Quibus de verbo utilitatis cognitis, hoc † 5
manebit, posteaquam hic omnia consentanea sunt Justiniani sententiæ: et omnem utilitatem quæ circa rem consistat, quam eandem propriam rei debitæ utilitatem intelligi volumus, in æstimationem venire, cum de eo, quod interest, quæritur; et contra, eam quæ circa rem non consistat, quæ eadem rei debitæ non propria utilitas est, nusquam venire. De priore non dubitatur, si modo etiam mihi cum aliis conveniret, quam circa rem
consistentem vocemus. De posteriore † plane 6
non liquet. Et sane magna caussa est: non enim generalibus verbis contrarium Ulpianus scripsit in L. 2. *in fi. D. de eo quod cer. lo.* ut diceret eam utilitatem æstimandam, quæ circa rem non consistit: quod si faceret, in his verbis, *circa rem aliquid* esse ambigui existimare possemus. Sed ne quid ambigeretur: in iisdem exemplis quæ supra ex Paulo recensuimus, quod Paulus in æstimationem venire negat, id Ulpianus æstimandum esse dicit. Paulus ait, si mora per venditorem facta sit, quo minus vinum traderetur, non venire in æstimationem, quod emptor forte potuit ex vino negociari, et lucrum facere. Ulpianus in actione arbitraria de eo, quod certo loco promissum est (quoniam in hanc venit, quod actoris interest pecuniam suo loco potius solvi, quam in quo nunc petitur) æstimandum dicit præter pecuniam, quod merces potuit illic compara-

parare actor, et ex mercibus lucrum facere, nimirum negociando, Paulus æstimandum negat, quod ob triticum non traditum familia emptoris fame necata sit. Ulpianus in eadem illa arbitraria actione, qua pecunia alio loco petitur, postquam utilitatem actoris venire dixisset, addidit hæc in utilitate actoris æstimanda: quod actor forte eo loco quo pecunia illi dari promissa erat, pecuniam debuit sub pœna, aut pignoribus, et quia pecuniam eo loco non acceperit, unde dissolveret, pœna commissa est, aut pignora distracta. *d.* L. 2. *in fin. D. de eo quod cert. loc.* Et quid interest, quæso, ad genus damni, utrum ob pecuniam non solutam pœna commissa, pignora distracta esse dicantur, an propter non datum triticum familia fame laborasse? Res ipsas expendamus, Si pecuniam accepisset actor Ephesi, quæ eo loco dari debebat: æs alienum suum dissolvisset, quod illic erat, neque pœna illi commissa, aut pignora essent distracta. Nempe hæc utilitas ex pecunia soluta esse potuit. Et triticum si habuisset emptor, quod solum expectabat a venditore, haberet unde familiam aleret: quam, quia neque hoc triticum, neque aliud habebat, amisit. Par hæc, et eadem cum superiore utilitas. Hæc tamen non æstimatur. Cur? quia, ut diximus, ut hanc amitteret emptor, non magis dici potest propterea contigisse, quod ille triticum debitum non acceperit, quam quod aliud quodvis non habuerit. At in pecunia eadem ratio est prorsus. Quod enim pœna commissa est actori, quod pignora vendita, non magis accidit eo, quia pecuniam promissam non habuit, quam quod aliam quamlibet: neque enim certam pecuniam debebat, sed pecuniam generaliter. Quibus quid videtur dici posse magis repugnans?

Eorum, qui hunc locum explicare conati sunt, qui utroque illo in loco ejusdem generis utilitates referri agnoscant; (nam si qui sunt, qui id negent, ii neque mihi quid dicant, attendere videntur, et satis ex iis, quæ supra diximus, refelluntur) priorum ergo, quæ ad rem pertineant, duæ sunt sententiæ, quæ ideo mihi initio paucis attingendæ visæ sunt: ne in re explicatu difficili, eademque ad exemplum pertinente, in qua periculose aliquid in hanc aut illam partem decerneretur, temere ab aliis dissidere putarer, et si quid forte recte diceretur a nobis, plerique aliorum velut præjudiciis impediti, quod verum esset, omitterent. Una est vetus
7 † a Bartolo tradita recepta vulgo. Quoniam Paulus in *d. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, aperte dicat, eam modo utilitatem æstimandam esse, quæ circa rem consistat: neque caussa sit, cur in venditione potius id, quam in aliis caussis valeat: dubitari non debere, quin ea, quæ circa rem non consistit, plane non sit æstimanda. Nam quod quidam postea ex iis, quæ circa rem non consistunt, quasdam propinquas esse dixerunt, quasdam remotas, quas posteriores solas excludi volunt; hi quid aliud, quam definitionem Pauli oppugnarunt? Sed hoc in omnibus aliis rebus quæ debentur, admittens Bartolus, unam numeratam pecuniam excipit: in qua etiam eam utilitatem, quæ non consistat circa rem, præstari vult: nimirum quod de ea Ulpianus agit in *d. L.* 2. *in fin. D. de eo quod cer. loc.* Cur? si quis roget, cum nihilominus hæc utilitas in cæteris rebus admittatur? hæc ratio redditur, quod nummorum una sit, et certa æstimatio: *L.* 3. *de in lit. jur.* ut in his aut nihil ejus quod interest nomine æstimandum sit; aut sit saltem ea utilitas, quæ circa rem non versatur, haberi tamen potuit. At nihil æstimari, injuriosam. Ita reliquum est genus hoc utilitatem æstimari oportere. In cæteris rebus, ut vino, oleo, frumento, et speciebus cæteris, varie æstimatio commutari potest: ut sit, quod in his queat æstimari, etiamsi eas utilitates, quæ circa rem non consistunt, non admiserimus. Quorum utrumque cujusmodi sit, non intelligo. In nummis, quanti plurimi sint, æstimari non potest, quia æstimatio nummorum semper una. Quid tum? idonee his non solutis, ea utilitas, quæ propter pecuniam non solutam amissa non est, æstimanda est? Non opinor. Id enim æstimandum est, quod abest, et quidem vere. Hoc igitur quærendum est, utrum ea utilitas, quam non consistere circa rem dicimus, propter non solutam pecuniam amissa sit, an non sit. Si non est amissa, sola pecunia præstetur, quæ debetur: quod prætere amissum non est propter frustrationem debitoris, ne præstetur. Quod si propter dilationem pecuniæ utilitatem amissam esse volumus, cum in cæteris rebus eodem modo amittetur, cur non præstetur, quid caussæ dici potest? Nempe quod in cæteris utilitas alia circa æstimationem rei occurrere potest, ut rei æstimatio videlicet pro tempore varie augeatur. Ridiculum: quasi non etiam minui potuerit: aut quasi diversis utilitatibus incurrentibus non omnes æstimari debeant, quæ frustratione debitoris sunt amissæ, et quod ille una in re nocuit, non modo illi non nocere, sed etiam prodesse debeat, ad alterius maleficii et injuriæ deprecationem.

Me-

Merito igitur hunc Alciatus reprehendit. 8 Cujus † altera est contraria superiori sententia hæc: omnis utilitatis, quam actor consequi potuerit, habendam esse rationem, etiamsi circa rem, ut Paulus loquitur, non consistat; nec interesse, speciesne debeatur, an pecunia. Nam si hoc in pecunia certo loco promissa ex stipulatione probat Ulpianus, in *d. L.* 2. §. *ult.* D. *de eo quod cert. loc.* dubitandum non esse, quin in omnibus caussis sit admittendum. Sed cum hoc in cæteris obligationibus omnibus locum habeat, in emptione et venditione singulare jus esse, ne ea utilitas æstimetur, quæ circa rem non consistat. De emptione autem loqui Paulum constat eo loco, ubi hoc genus excipit. Quod multo minus, quam prius illud probandum est. Nam si quo in judicio omnis utilitas æstimanda est: ubi tandem citius æstimetur quam in eo, in quo ex fide bona agatur, qualis est emptio et venditio? quo in genere potissimum omnia æstimantur, quæ alterum alteri ex æquo et bono præstare oportet. §. *In bonæ, de act.* §. *ul. Inst. de obl. ex cons.* Quod si in hoc non æstimatur ea quæ rei propria non est, in quibus tandem aliis ea æstimetur? Neque sane hujus singularis juris dignam se rationem attulit. Quoniam, inquit, constitutum est, ut emptor, si pecuniam non daret, in usuris solum legitimis condemnaretur. *L. ult. D. de per. et com. rei vend.* Æquum fuit, ut venditoris quoque mora nihilo durius puniretur. Parem enim utriusque conditionem fieri oportet, quod ita fiet si solum in eo, quod intrinsecus interest, damnetur: id enim quod extra rem versatur, legitimum usurarum modum excedit. Hæc ille prope totidem verbis: in quibus si argumentum ab emptore ducendo id ageret tantum, ut probaret nec venditorem eas utilitates, quæ circa rem non consistunt, præstare debere: nugari eum putaremus, neque enim hoc propositum erat. Neque dubitat quisquam, quin et emptor, et venditor eas utilitates præstare non debeat. Quin hoc affirmamus, non modo non in hoc genere, sed nec in ullo alio hasce utilitates venire in æstimationem. Hoc quærebatur, cum ipse eas singulariter ab emptione excludi putet, sitne aliqua ratio, quæ id fieri suadeat, quod ipse ostendere nititur. Et cum rationem ab emptore ducat: nisi propriam caussam esse dicit cur emptor eas non præstet, nihil agit. Restat ergo, ut hoc eum dicere, itaque ratiocinari intelligamus: cur emptor alienam utilitatem non præstet, eo fieri, quia in usuras precii teneatur, quibus venditorem contentum esse oportuit: hoc autem recepto, consequens fuisse, ut nec venditor ultra eum modum quid præstaret, eoque nec id quod extra rem interest, utpote cujus parem caussam esse conveniret.

Quorum utrunque nobis valde reprehendendum videtur. Primum enim utrum potius eam utilitatem quæ circa rem non versatur, non præstat emptor, quia in usuras condemnatur: an quia per se ea utilitas est, quæ quia propter cessationem debitoris amissa non est, præstari non debeat? Nos quidem ideo putamus, quia propter se præstari non debeat. Quod ut falsum esset, tamen fecit ille vitiose, cum id ipsum, quod erat controversum, sumpsit ad sententiæ suæ confirmationem. Deinde ut probaret emptorem, quia usuræ precii ab eo exigi possunt, ideo eas utilitates, quæ aliunde extrinsecus percipi potuerunt, præstare non debere: tamen nihil minus, quam hoc effici nobis videtur, a venditore quoque non debere exigi. Isto modo, inquit, par fiet emptoris et venditoris conditio. Imo non modo par, sed etiam longe dissimilis. Usuras enim legitimas nemo ideo exigi dicet, quia earum utilitas circa pecuniam debitam versetur, *Usuræ*, inquit Paulus, *non propter lucrum petentium sed propter moram non solventium infliguntur.* L. cum quidam, §. *si pupillo*, *D. de usuris* ubi hoc sentit, ut locus indicabit, usuras legitimas non ideo præstari, quasi haberi acquirique potuerint. Et sane fieri potest, ut quis pecuniam sibi debitam acceperit, neque usuras ullas habeat; sive quod eam pecuniam statim expendere coactus sit; sive quod non habuerit, apud quem tuto collocaret; sive quod etiam collocare non expedierit. Quod si is fructus circa rem consisteret, si quis pecuniam certa die præstare promisisset, neque præstitisset: usuræ ex mora accederent: quoniam in hanc stipulationem id quod interest, venit; *L. si fundum certo*, *D. de verbor. obl.* eo autem quod interest, omnis utilitas, quæ circa rem consistit, continetur. *d.* L. *si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *D. de act. empt.* At non accedunt usuræ: quas certi juris est in strictis judiciis nisi stipulanti promissas non deberi. L. 3. *C. de usur. L. mora* §. *in bonæ*, *D. eod.* Non igitur earum utilitas ejusmodi, quæ circa rem consistat, seu quæ re tradita in eo quod interest pecuniam habuisse, numeretur. Quod si ita est: nonne hoc modo similis conditio futura fuit, si et mora a venditore facta vicissim ea utilitas, quæ circa

ea rem non consistit, præstetur: si non præstetur, plane dissimilis, si quidem exemplum emptoris in venditore sequi deberemus? At enim quod extra rem interest, legitimum usurarum modum excedit, supra autem hunc modum a venditore exigi non debet. Utrunque falsum est. Prius, quia fieri potest, ut nihil amplius absit venditori, quam quod extrinsecus consequi potuit, quod præstitum non majorem modum, quam usurarum efficeret. Posterius ideo, quia si supra modum usurarum venditor præstare non debet, si is triticum venditum sua die non tradiderit, et tritici creverit forte ad duplum, ut fit, æstimatio, ne hanc quidem præstabit, auctore Alciato: quia altera quasi sors, quæ accessit, non dico unius mensis, sed multorum annorum usuras superat. Quod ne ipse quidem Alciatus dicit, et aperte falsum est ex *d. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem.* Ex quo intelligitur, emptoris præstationem usurarum ad venditorem nihil attinere. Ergo dicat aliquis, utriusque par caussa esse non debet? quis negat? Sed par in eo erit, si neque uterque id præstet alteri, quod vere propter debitoris cessationem non abest: et quod vere abest, id ab utroque præstetur: interim fructus rei omnis æstimetur: in quo usura numeratur tum, cum ex fide bona agitur. Demus tamen et quod Alciatus dicit, et quod Bartolus, vera esse omnia. Nihil agitur, in eodem luto hæsitant. Summa enim huc redit, ut ea utilitas quæ circa rem non consistit, alibi æstimanda sit: alibi non sit æstimanda: quæ distinctio cujuscunque modi erit, ad explicandam *Constitutionis* difficultatem juxta est inutilis. Quæro enim hac utilitate amissa, quæ ex re non est, velint ne damnum re vera inductum esse, an non re vera? Si re vera damnum fit hujus utilitatis amissione: omnibus in actionibus, omnibus in rebus ex constitutione Justiniani utilitas præstanda est. Si re vera non fit, nullis neque in rebus neque judiciis æstimanda. Quapropter eadem difficultas relinquitur.

9 Nostra sic ratio est † neque in emptione et venditione, neque in ullo alio judicio, si res quæ præstari debuit, tradita non sit, eam utilitatem esse æstimandam: quæ circa rem non consistit: idest, quæ ex re non est, seu quæ talis est, ut quanvis res absit, quæ tradi debebat, ipsa tamen esse, et percipi eodem modo potuerit aliunde; neque interesse, speciesne aliqua, ut triticum, an pecunia debeatur quæ præstita non fuerit. Si triticum, aut pecunia mihi debeatur: nunquam hæc utilitas, exempli gratia, in æstimationem vocabitur, quod triticum acceptum pluris vendere potui, et lucrum facere: quod ex tritico familiam alere, aut pecunia recepta æs alienum dissolvere potui: quibus non receptis, aut illic familia mea fame necata sit, aut hic pœna mihi commissa, vel pignora a creditore distracta (nam horum utilitatem circa triticum, aut pecuniam debitam non consistere Paulus dicit) Si rationem quærimus, expedita est: quippe hasce res æque salvas habere potui alio tritico, aliave pecunia: etsi maxime neque id triticum, quod debebatur, neque ea pecunia mihi redderetur. Quo fit, ut non magis ob id amissæ dici possint, quia triticum id non habui, quam quia aliud non habui. Quod si verum est: non est æquum id detrimentum dependere te mora facta, quod peculiariter cessationi tuæ adscribi non potest: hæc ratio non in uno aliquo genere obligationis, aut rei in obligationem deductæ tantum valet, sed æque in omnibus. Illud etiam absurdum, hujus utilitatis æstimationem in emptione repudiari a Paulo, in cæteris quæ bonæ fidei judicia non sunt, admitti. Postremo cum hac utilitate amissa necesse sit, damnum re vera inductum esse, aut non esse: Justiniani constitutioni aliter satisfacere non possumus, quam si absolute alterum recipiamus: ut aut in omnibus hanc æstimandam dicamus, aut nusquam. Non esse autem æstimandam et Pauli auctoritas, et multo magis ratio facit, quæ in omnibus est eadem. Enimvero hoc ita verum est, nisi appareat hujus utilitatis a contrahentibus in contrahendo habitam esse rationem. Nam id si contingit, conventio nimirum servanda est: id inde constabit, si nominatim a creditore solutio pecuniæ, de qua agitur, in locum aliquem, aut personam certam, aut certum tempus collata erit: cum creditori expediret aut in eo loco, aut ei personæ, quæ adjecta est, eove tempore solvi propter eas utilitates, quas supra dixi: hoc enim cum fit, quia frustra non adjicitur, solutionem ad eas utilitates, quæ inde percipi potuerunt, retulisse creditorem perspicuum est. Si secutæ non sunt, æstimari eas æquum est: ut enim eas consequeretur creditor, actum est. Itaque non arbitraria actio, *De eo quod certo loco etc.* facit, ut de pecunia certo loco promissa istius generis utilitates arbitrio judicis committantur: sed conventio, quæ cum pariter in omnibus contractibus servanda sit, etiam si nullo certo loco pecunia promissa sit, idem valebit. Proinde neque illud requiremus, mercatores sint, necne, qui inter se agunt; neque eas utilitates propinquas esse velis, non remotas, ad

ad rem pertinere existimabimus. Cujuscunque modi erunt, ad quas solutionem relatam esse apparebit, quisquis is qui retulit, quodcunque judicium id erit quo agetur, creditor frustratus eas recte exiget. Hoc de genere scilicet Ulpianus loquitur, qui in pecunia, quam certo loco dari promissum est, utilitates supra scriptas æstimandas esse ait in *d. L.* 2. §. *ult. D. de eo quod cer. loc.* Sed quas? num omnes ejus generis, quæ ubique capi potuerunt? Imo eas tantum, quæ in loco haberi potuerunt pecunia soluta, in quo pecunia solvi debuit: ut liquido appareat, non ob aliam caussam eas æstimari, quam quod adjectione loci, idest conventione ejus ipsius loci tantum utilitates quæsitæ sunt. Verba ejus adscribam: *Julianus Labeonis sententiam secutus, etiam actoris habuit rationem, cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim, si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus; et distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel aliquid fisco debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est?* Referebat stipulator pecuniæ solutionem eo, ut haberet Ephesi, unde pecuniam, quam illic debebat, dissolveret: neque vero parum ejus intererat ibi pecuniam reperire paratam, potius quam ipsum secum ferre. Si frustratus erit, ideoque illas utilitates quas Ulpianus dicit, amiserit: quis neget has illi præstandas esse, cum ut eas consequeretur, locum, in quem sibi solvi vellet, nominatim adjecerit? Ergo quod sua interfuit pecuniam eo loco recipere, id consequetur: quia loci adjectione id actum est. Quod si eo loco nihil interfuit, quantumvis si alibi soluta esset pecunia, consecutus esset actor, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, declarat Ulpianus nullam hujus rei rationem duci oportere.

10 Ut autem intelligatur non † esse huic sententiæ tantum locum in eo genere, cum pecunia certo loco promissa est, quasi arbitrariæ actionis, qua in eo genere agitur, *L.* 2. *in pr. L. ideo, de eo quod cer. loc.* potestas id exprimat (certum est enim in arbitrariis actionibus, itidem fere ut in bonæ fidei, liberam judici potestatem dari rem ex æquo et bono æstimandi, §. *præterea, Inst. de act. d. L. ideo, D. de eo quod cer. loc.*) Quod loci adjectione efficitur, efficitur et personæ adjectione. Stipulatus sum decem mihi, aut Titio utrum ego velim dari. Quis dubitet, si forte intersit mea Titio potius, quam mihi solvi, quoniam pœnam promiseram, si illi solutum non esset: idcirco cavisse me, ut Titio solveretur, ne in eam pœnam inciderem, ideoque id actum esse, ut ea utilitas mihi præstaretur? Ergo hæc ita præstabitur auctore Papiniano: de quo ille ita scribit in *L. liber.* 118. §. *ult. D.* de verb. oblig. *decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes? ex eo, quod mihi dandum est, certi stipulatio est; ex eo, quod illi solvendum, incerti: quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset.* Observa hic quoque æstimari quod interfuit mea, sed quod interfuit Titio pecuniam solutam esse, ne si illi solutum non foret, pœna committeretur: sicubi autem alias expedivit mihi pecuniam solvi ut alii præstarem, id in æstimationem non venire. Scilicet hoc non est actum: illud de Titio adversus periculum, quod ab illo metuebatur, nominatim cautum est. Temporis adjecti vis eadem. Ulpianus in *L.* 4. *in princip. D. de eo quod* cer. loc. *Quod si Ephesi*, inquit, *petetur: ipsa sola summa petetur, nec amplius quid, nisi si quid stipulatus est vel si temporis utilitas intervenit.* Fac horum rationem a creditore non esse habitam, quia solutio in horum aliquod nominatim collata non sit: definitionem Pauli de genere utilitatis ad interpretationem verborum Justiniani accommodatam in omnibus perpetuam, et veram reliqueris: ut ubique ea utilitas in æstimationem veniat, quæ circa rem consistit illa adde, in omnibus propter conventionem regulam commutaris: ut quia ita actum est, hæc ipsa, quam sæpe jam dicimus circa rem non consistere, vel verius ipsa loci adjecti utilitas, et personæ, et temporis ubique æstimetur. Quo genere utilitatis ex adjectione loci semel recepto, consequens erit, ut non tantum damnum æstimari debeat, quod actor frustratus fecerit: sed etiam lucrum, si quod in eo loco, quem adjecit, facere potuerit. In eo enim quod interest æstimando, parem esse damni facti et lucri amissi caussam, supra effectum est. Puta ergo pecunia suo loco accepta stipulatorem merces emere potuisse: potuisse tritico accepto negociari, et lucrum facere, hoc quoque æstimabitur. Quod et ipsum ab Ulpiano eodem illlo loco, quem supra retuli, clare positum est: qui post pœnæ commissionem, et pignorum distractionem, de quibus locutus erat, ita intulit: *quid si merces solebat comparare? an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto, et lucri habendam rationem.* Quid ergo attinuit, dixerit quispiam, id me nunc inculcare, quod ex uno illo Ul-

Ulpiani loco cerni, et ex superioribus facile intelligi potuit? Quia fuit hic, quod de lucro moneremus, quod singulari cautione indiget, positum quidem ab Ulpiano: sed obiter, ut aut tanquam ad rem non pertinens præteriri, aut certe cujusmodi sit, ignorari potuerit. Id vero hujusmodi est non ita dicere nos lucri quod in constituto loco parari potuit, habendam rationem, ut hoc ipso, quod potuerit actor merces ex pecunia comparare, aut ex tritico negociari, et lucrum facere, id lucri, quod futurum esset, sit æstimandum. Prius hoc volumus, videri creditorem id ita facturum fuisse, et ad eam spem et cogitationem loci adjectionem retulisse. Nam ut ante quoque diximus, non debet videri abesse cuiquam, quod non probetur fuisse acquisiturus. Id ergo unde æstimabitur? Duabus his ex rebus, si et potuit facere lucrum, et voluit. An potuerit, ex loco intelligetur, si is fuit, in quo merces emi possint, et soleant. An voluerit, ex personæ conditione et consuetudine judicabitur; et si nullam aliam caussam videbitur habuisse, cur eo pecuniæ solutionem referret. Finge negociatorem esse, qui merces eo loco comparare solebat: hoc est, quod Ulpianus ita quærit, *quid si merces solebat comparare?* hoc enim consulto addidit, ut intelligeremus non aliter lucri habendam esse rationem, quam si ita comparare suetus esset: non quia ad utilitatem consequendam quidquam faciant personæ ratio, aut plusquam negocianti in hac re tribuatur, quam alii: sed quia pertineant hæc ad fidem faciendam ejus lucri, quod actor se cogitasse, sibique abesse quæritur. De damno non idem Ulpianus scribit: non, inquam, persona, ab eo distinguitur: sed sine exceptione hæc esse æstimanda dicit, quod pecunia Ephesi non soluta pignora distracta sint, quod pœna sit commissa. Merito, quia damnum non est, nisi ubi quid de nostro amissum est: quod cum factum esse constabit, stulte argumenta quærantur, an fieri potuerit. Lucrum autem non id quis petit, quod fecerit, sed quod pecunia accepta se facturum fuisse dicit: quod an ita futurum fuerit, certum non est. Ergo quid accidere potuerit, conjecturis exquirendum est. Quibus expositis de modo et æstimatione ejus quod interest, simul de sententia hujus legis, quæ de hisce rebus est, dictum est.

CAP. XII.

SUMMARIA.

1. *Nullum pœnæ conventionali modum statui hac constitutione, sed nec ullis legibus ostenditur.*
2. *Modum tamen aliquem esse debere ex ipsa re, seu fine ipsi pœnæ proposito deduci probabile admodum putat auctor; et qui sit.*
3. *Pœnæ conventionalis modus ex eo quod nostra interest, æstimandus.*
4. *Quorsum Justinianus ad probandum modum ejus quod interest, utatur exemplo pœnarum conventionalium.*

UNum ad sententiam legis superesse videtur, de quo cognoscamus, et de quo me ad extremum dicturum esse, cum de modo dicerem, sum pollicitus: quod præter rationem ejus quod interest, de quo hoc loco agitur, argumenti loco obiter interseritur, et ad modum pœnarum conventionalium pertinet. Justinianus enim probare volens recte se fecisse, quod modum taxationemque ei quod interest imposuisset, ita scribit: *cum sciamus esse naturæ congruum, eas tantum pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur*: cujus argumenti vis quæ esset, et illic ostendimus. Interim hoc significat, non pœnas tantum legitimas certo fine concludi: sed etiam illas, quæ a legibus non sunt, non nisi cum competenti moderamine, ut ipse loquitur, exigi. Cum enim disjunctione utatur, et in altero disjunctionis membro eas pœnas nominet, quæ a legibus statuuntur: necesse est, in altero alias pœnas, quam quæ sint ex legibus, intelligat. Eæ sunt autem, quas quisque sibi cavit, si quid factum non esset, aut contra quam cautum est, quid factum esset: harum igitur et moderamen esse aliquod significat: quod quale sit, multum dubitatur, † non solum quia 1

nihil aperte de ea re in reliquis partibus juris cautum legimus; sed etiam quia nonnulli proferri possunt loci, qui vehementer refragentur. Scribit Ulp. in L. *stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de ver. obli.* si quis alteri stipulari velit, quia recta id consequi non potest, pœnam stipulari convenire, ut si ita factum non sit, ut cautum est, committatur stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspici, quid interfuerit, sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis: quod habet hanc sententiam: pœna in stipulatum deducta, cum conditio pœnæ exstiterit, nihil amplius quærendum, quam quantum deductum sit: quorsum, nisi ut præstetur? Jam ut ad certum modum conventionales pœnæ proferri debeant: quem hunc esse modum dicemus? Utrumne ut supra duplum ejus rei, sive summæ, quæ in obligationem deducta est, pœnam frustra stipulemur, quamadmodum nec supra eam summam id, quod interest, ex hac constitutione consequi possumus? Videamus, ne sit iniquum, si pluris mea interesse potuit, me mihi privata pactione cavere non potuisse. Quid si hoc Paulus diserte scribit, pœnam nos non tantum ad triplum, sed etiam ad quadruplum stipulari posse? is in L. *si dictum*, 56. *D.* de evict. *Si dictum fuerit in vendendo*, inquit, *ut simpla promittatur*, *vel triplum*, *vel quadruplum*; *ex empto actione agi poterit.* Rursum placetne ad quadruplum tantum eas progredi posse exemplo pœnarum legitimarum, quæ hunc modum non excedunt? At neque hoc usquam cautum est, neque magis ex hac lege effici potest, quam ut ne ad duplum præstetur, de quo constitutio loquitur: et quod ad exemplum pertinet, nihil simile habent inter se, pœna quæ ex delicto est, et quæ ex conventione petitur. Illa a lege injungitur invitis pro delicti modo: hanc unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse paciscitur. Et mihi quidem ita res se habere videtur, nullis legibus certum pœnæ modum esse constitutum, quem conventione excedere non liceret: quod, ut superiora omittantur, unde melius probari potest, quam ex constitutione? Distinguit enim Justinianus eas pœnas quæ a contrahentibus proferuntur, ab iis quæ a legibus certo fine statuuntur. Non ergo illæ a legibus certo fine statuuntur. Stulte enim separantur, si omnes certum et definitum legibus modum habent. Quod si res ratione colligenda est, cum omnis conventio edicto Prætoris servanda sit, quæ de re privata interposita, neque contra leges sit, neque contra bonos mores, L. *Jurisgentium*, §. *Prætor*, §. *si paciscar*, *D. de pact.* quid huic pœnæ conventioni deesse potest, quo minus servanda sit? De re privata et familiari esse constat. Utrum ergo legibus eam contrariam esse putamus? quibus? nam si qua est lex, quæ huic generi præstituerit modum, constitutio est hæc Justiniani, quæ aut id fecerit, aut certe superiorum sententiam de eadem re apertius complexa sit. At hæc de eo, quod interest, agit: longe autem aliud est id quod interest, de cujus summa nihil nominatim dictum est, quodque totum ex incerto sine conventione petitur: aliud pœna, de qua nominatim cautum est. Bonis autem moribus qui dici potest hæc conventio adversari, cum nihil sit æquius, quam creditorem non decipi: quodque in eam rem sibi caverit, ideo servari, ne decipiatur? Id enim ita fiet, si ubi factum non est, quod debuit, pœnam exigere licebit: dum enim pœnam metuet, faciet reus quod promisit: si aut nihil est quod metuat aut minus, negliget. Illud quidem nullo modo probandum esse videtur, quod quidam defendunt, pœnæ modum ad taxationem hujus constitutionis de eo, quod interest, idest, ad dupli quantitatem revocandum. Quid enim, si multo pluris nunc mora a te facta mea intersit? Nimirum neque si probare velim interesse mea in magnam quantitatem, idque consequi, audiendus sim; quia ejus quod intersit, modum Justinianus ad duplum præciderit: neque ex istorum sententia pœnam queam petere, quia taxationem ejus quod interest, sequatur. Quo quid iniquius? Ego, cum mora tua mihi multa amitti potuerint, atque etiam amissa sint, de quibus ego diligenter mihi caverim, ne quis esset litibus locus, mihi vigilando et cavendo prospicere non potuerim, et quod indignandum est magis, tu impune mihi illuseris? Nulla ratio est, quæ hanc sententiam tam iniquam possit defendere, præsertim cum illud a Scævola scriptum, et inter omnes probatum esse constet, *jus vigilantibus scriptum esse*: L. pen. *in fin. D. quæ in fraud. cred.* et ut nihil æque grave veteres putarunt, quam fidem fallere; ita nihil magis ad exemplum et Remp. pertinere, quam injuriæ, et fraudationis metui pœnam. L. 1. *de consti. pec. L. si unus*, §. *pacta*, *D. de pact.*

Quis igitur in his pœnæ relinquitur † modus? nam constitutio aliquod ejus moderamen intelligi voluit. Si quidem in ea caussa pœna promissa est, in qua genere ipso tanti a

inter-

nteresse potest, quantum pœnæ nomine promissum est: plane nullus hic mihi pœnæ modus quærendus videtur, idque superioribus satis effectum puto. Si genere ipso, inquam, tanti cujusquam interesse potest. Non enim exigemus ab actore, ut probet tanti sua interesse, ut sic deinde pœnam consequatur. Satis est, si res sit ejusmodi, in qua natura rei si non hujus, at alicujus quandoque tanti interesse possit, quantum in stipulatum deductum est. Alioqui frustra pœnam caverimus, quæ ideo adjici solet, ne actor, quid sua intersit, necesse habeat probare, quod probatu in primis difficile est, et plerunque ad exiguam summam deducitur. L. *ult. D. de præ. stipul.* Plus dicimus, si propter affectionem intersit agentis id fieri, quod cautum erat, puta aut librum ad affectionem pertinentem, aut fundum majorum nobis dari reddive, aut alteri quid fieri, quo nomine pœna promissa sit, nihil amplius quærendum est. Absurdum est enim, cum de animo actoris agatur, rem ejus animo non æstimari et computatione: cum autem pœnam dixit, rem tanti æstimavit. Quæ quidem in his caussis accipi volumus, in quibus pœnam stipulari licet sine fraude usurarum: nam cum pecunia debetur, convenit hic pœnam stipulari non licere, ne ad duplum quidem, quoniam in fraudem constitutionum videatur adjectum, quod usuram legitimam excedit. L. *Julianus*, §. *ibi*, *D. de act. empt.* Sed si res talis sit, ut proposita facti specie appareat nihil neque hujus, neque alterius cujusquam, qui idem stipulatus foret, neque promissum accepisset, ad eam summam interesse posse, quanta pœnæ nomine est promissa, quod ultra erit, quantulum id cunque fuerit, nobis nec præstandum esse videtur: finge rem promercalem esse promissam, aut ejusmodi, qualem quivis eodem modo, eodem precio possit reperire, et nisi daretur, promissam esse pœnam. In hanc sententiam me finis ipse pœnæ veluti manu deduxit: finis hic est, ut pœnæ adjectione nobis ea summa cautum sit de eo quod interest, *d.* L. *ulti. de præt. stipul.* §. *ulti. Inst. de verb. obl.* ut si quo modo nostra interesse potest vel ex affectione, an intersit, necne, et quatenus intersit, non quæratur. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *de verb. oblig.* Fac jam neque in eam rem, de qua agitur, affectionem ullam cadere, neque fieri posse, ut ad hunc aut illum modum cujusquam intersit, idque genere ipso rei constare, ut si res sit ea, quam modo diximus, conficitur pœnam exigi non posse. arg. L. *quod dictum*, *D. de pact.* In summa

3 pœnæ † modus judicio nostro non ex quantitate pœnæ in stipulatum deductæ, sed ex eo quod in re, de qua agitur, interest nostra, spectandus est, ut si interesse possit nostra, nihil quantitatem pœnæ moremur, sed quanta est, tantum recte petamus: si minus, ad ejus quod interesse potest, pœnæ moderemur petitionem. Sed hoc sensu, quæret quispiam, quid exemplum pœnarum conventionalium, quo Justinianus ad probandum ejus, quod interest, modum utitur, ad rem pertineat; si id, quod interest, hoc ipso, quod certam quantitatem excedit, petere non liceat: in pœna autem conventionali nihil tale reperiatur, ut quantitas pœnæ modum faciat: nempe intelligendum erit, argumentum hoc pœnarum legitimarum, et conventionalium non eo referri a Justiniano, ut probet, cur id, quod interest, ultra duplum exigi vetet, sed simpliciter cur ei rei modum statuerit, ut deinde quæratur, cur hunc modum: sitque hic sensus: si in pœnis legitimis et conventionalibus aliquis modus est, conveniens est, ut sit et in eo, quod interest, sed non continuo efficitur eundem esse debere. Alioqui ita colligi debuit, etiam id, quod interest, ad quadruplum exigi posse, quoniam et huc usque legitimæ pœnæ excurrunt, quarum et ipsarum argumento utitur.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENTARIA
IN CODICEM
JUSTINIANI.

AD TIT. I. LIB. VIII. COD. DE INTERDICTIS.

SUMMARIA.

1. *Series tractatus de interdictis.*
2. *Interdictum quid, et num.* 4. 5.
3. *Interdictum unde appellatum.*
4. *Interdictum formula distare ab actione: re nihil aliud esse, quam actionem, et num.* 7.
5. *Actiones olim proprie ita dictas, de cæteris rebus esse: interdictum, omnemque ex caussa interdictorum actionem esse de possessione, et quasi possessione: et quæ sint interdicta ex utroque genere.*
6. *Interdicta omnia esse de possessione et quasi possessione sola, etsi dicantur quædam proprietatis caussam continere.*
7. *Cur placuerit olim de possessione agi interdictis, non actionibus, cum non minus et ageretur de possessione.*
8. *Interdictum ab edicto quid differat.*
9. *Interdicta omnia, etsi in rem concepta, personalia esse, quid sit.*

Juris † nostri persequendi caussa proditæ sunt partim actiones, partim interdicta. Actionum quædam in rem sunt, quædam in personam. In rem, de rebus nostris, aut ad jus nostrum pertinentibus, quas petimus ab eo, qui possidet. In personam, de eo, quod nobis debetur. L. *actionum*, *D. de obl. et act.* §. 1. *Inst. de act.* Interdicta de possessione rei cujusque asserenda, ut mox dicetur. De his ita jus compositum est, ut prius compositores de actionibus et iis juribus, quæ ad actiones pertinent, dicerent: quod hucusque fecerunt. Sic deinde ordine de interdictis; quod fit hoc loco. Hunc ordinem secutum esse Justinianum in Institutionibus constat ex principio tituli *de interdictis.* Consentaneum est compositores juris hunc eundem ordinem et in Pande-
2 ctis et in Codice secutos esse. Interdictum † si formulam veterem spectes, unde interdicta sunt appellata, sic recte definitur: formula et conceptio verborum, qua prætor inter eos, qui de possessione, aut quasi possessione contendebant, jubebat eum, cum quo agebatur, aliquid facere, aut facere vetabat, prout id ad possessionem asserendam, de qua agebatur, convenire videbatur. Nam alias petitur, ut possessio restituatur, aut ut res exhibeatur: hic prætor restitui, aut exhiberi jubebat. Alias qui rem tenet, aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti, aut petenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat. Colligi potest hæc definitio ex initio Tit. *Instit. de interd.* de qua et mox plura dicentur.

Ex † ea intelligere possumus interdictum 3
dictum esse, quasi inter, aut interim edictum; et interdicere, quasi inter et interim edicere. Non dico inter duos dictum, ut est apud Justinianum in §. *in fin. Inst. eod.* parum apte: quoniam et sententia, et arbitrium, et interlocutio inter duos dicitur: quorum tamen nihil a veteribus dicitur interdictum. Non dico interim: nam et multa interim dici et tractari solent, donec ad jus nostrum

strum perveniamus; quæ tamen nihil minus sunt, quam interdicta, cujusmodi sunt, quæ dicuntur a privatis litigatoribus: in magistratu autem et judicibus interlocutiones. Ne illud quidem placet, interdicti appellationem, quæ proprie ad prohibitoria interdicta pertinet (nam interdicere proprie vetare est) ad cætera quoque per abusionem esse translatam, ut quosdam putasse refert Justinian. in *d.* §. 1. *Inst. de interd.* Nam ut hoc in verbo interdicti, ferri possit; certe in verbo *intercedendi* unde est interdictum, defendi non potest. Nemo enim unquam de exhibitoriis, aut restitutoriis interdictis loquens, dixit in his interdicere pro jubere, et decernere, ne abusive quidem: cum tamen in his et prætor et actor etiam proprie interdicere dicantur. Hoc dico igitur interdictum, dictum quasi *inter* et *interim edictum*, et *interdicere* quasi *inter* et *interim edicere.* Quod omni interdicto plane convenit. Est enim edicere jubere aliquid. Id vero in omni interdicto prætor faciebat. Edicebat enim, et jubebat quid fieri aut non fieri. Illud cum faciebat, dicebatur absolute jubere: proinde et hic maxime proprie edicere. Hoc posterius cum faciebat, dicebatur speciali verbo *prohibere*, et *vetare*; sic tamen, ut juberet nihilominus, ne fieret: proinde et hic quoque ediceret: ut profecto nihil aliud sit interdictum, quam inter privatos et interim interpositum prætoris edictum. Et tamen quia non simpliciter dictum est, dicitur interim edictum. Et recte; edicebat enim hic prætor interim: idest vel obiter, ut omnis caussa possessionis est momentanea, *L. unica*, *sup. si de mom. poss. fu. ap. L. momentariæ*, *infr. unde vi.* vel interea dum de alia re principali contenditur: puta de jure et proprietate rei, per quod tempus decidi solet possessionis atque usus controversia, *L. ordinarii*, *sup. de rei vind. L.* 3. *inf. h. t.* eaque decisio olim tran-
4 sigebatur interdictis. Ex † eadem definitione intelligimus interdictum, ut fuit vetus formula, actionem non esse. Nam actio est privati litigatoris petitio et persecutio, qua intendit sibi aliquid ab adversario dari, aut fieri oportere. §. 1. *Inst. de act.* Interdictum litigatoris petitionem et intentionem non habet; sed jussus est, et imperium prætoris adversus eum, cum quo agitur, propositum. Sed hæc ita sunt, si, ut dixi, formulam tantum in interdicto spectemus. Quod si spectabimus vim et potestatem interdicti, idest, id quod in interdicto agimus, et consequi volumus; sine dubio interdictum actio est, sicque rectissime definietur: ut sit actio, qua de possessione asserenda vel quasi possessione agitur, sive eam nunc primum adipisci, sive adepti retinere, sive ademptam et amissam recuperare velimus. Dixi interdictum actionem esse, recte: inde enim dicitur actionis verbo contineri. L. *actionis*, *D. de obl. et act.* Hinc etiam quæcunque de actionibus dicuntur, eadem dicuntur et de interdictis. Itaque et interdicto agere dicimur: et dicitur interdictum aliquibus et in aliquos competere; dicitur et condemnatio ejus judicii esse. L. 3. §. 1. §. *condemnatio*, §. *ult. D. de tabul. exhib.* Quæ omnia actionum propria sunt, ideo, ut dixi, tributa interdicto: quia etsi interdictum vetere formula petitionem litigatoris non continebat, sed jussum et imperium prætoris; vi tamen ipsa nihil aliud erat, nisi petitio et persecutio privata litigatoris. Non enim ita jubebat prætor in interdicto, aut quid vetabat, ut sententiam ferret: alioqui sententia esset sine caussæ cognitione, quod jus non recipit, *L. ex stipulatione*, *supr. de sent. et interloc. L.* 1. *supr. de exsecut. rei jud.* sed prætor una cum interdicto judicem dabat, qui cognosceret, an vere intenderet petitor caussam esse, cur res sibi restitueretur, exhiberetur, possessio retineretur, atque ita caussa cognita reum condemnaret. Ita interdictum nihil aliud erat, nisi persecutio possessionis in judicio; quæ actionis definitio est. *Inst. de act. in pr.* Nunc formulis veteribus interdictorum sublatis, constat nihil amplius de interdictis restare, quam actionem ex caussa interdictorum, §. *ult. Instit. de interd.* L. *ultim. infr. hoc tit.* ut jam inter actiones, quæ sunt ex caussa interdictorum, et cæteris non formula intersit, sed res tantum, de quibus agitur. Nam † cæteræ actio- 5
nes sunt de rebus aliis quibuslibet. Interdictum, sive actio ex caussa interdicti est de possessione, vel quasi possessione obtinenda. *Inst. de interd. in pr.* De possessione in rebus privatis et corporalibus, quæ solæ possunt possideri. L. 3. *in pr. L. qui universas*, §. 1. D. *de acq. pos.* Si tamen et de harum vera possessione agatur, vel adipiscenda, vel retinenda, vel recuperanda: quo pertinet omnis de possessione controversia: unde et interdictorum divisio. L. 1. §. *est igitur. D. uti pos.* §. *seq. Inst. de interd.* Quod ideo adjecimus, quia et de his rebus interdum agitur interdicto, ut exhibeantur, ut fit in interdicto de tabulis exhibendis: quo tamen genere interdictorum non petitur possessio, sed videndi tantum et cognoscendi copia. De quasi possessione dictum, propter res sacras, re-

religiosas, publicas, liberum hominem: quæ res cum non sint in hominum commerciis: ne possideri quidem possunt *d. L. qui universas*, §. 1. *D. de acq. pos.* Veruntamen de earum usu interdicta sunt prodita, Tit. *ne quid in loc. sac. tit. ne quid in loc. pub.* Tit. *de lib. hom. exh. ducend.* Hic usus quasi possessio nominatur: de quo sic agi reperiemus, ut vel nobis, vel his ipsis rebus suam quodammodo asseramus possessionem, eamque ab aliorum injusto facto velut vindicemus. Dictum est etiam propter res privatas, sed incorporales. Nam hæ possideri non possunt. L. *servum*, §. *incorporales*, *D. de acq. rer. dom.* De earum tamen usu interdicta sunt: ut de itinere actuque privato, de rivis, de cloacis et similibus Tit. *De itin. act. priv. et sequentib. aliquot. D.* Hic quoque usus quasi possessio est; atque ita nominatur in *L. si quis diuturno*, *D. si ser. vind.* Unde et interdicta hujus generis veluti possessoria nominata, in *L. ult. D. de servit.* Dictum etiam propter res privatas, easque corporales, quas nobis exhiberi petimus ex interdicto. Hic enim, ut paulo ante dixi, tantum copiam rei videndæ et cognoscendæ petimus, quæ copia revera rei possessio non est; usum tamen rei continet, ut sit hic usus quædam quasi
6 possessio. Atque ut † sunt interdicta, et quæ eorum nomine competunt actiones, omnia de possessione, aut quasi possessione: ita de possessione, et quasi possessione sola, ut divisiones interdictorum propositæ in L. 1. *et L.* 2. *D. eo.* facile declarabunt. Quod enim dicuntur quædam proprietatis caussam continere, L. 2. §. *quædam. D. de interd.* non eo dicuntur, quod non sint de possessione et usu rei tuendo; sed cum sint his de rebus principaliter: per consequentiam adjunctam habent proprietatis caussam, dum placet eum vincere in hoc usu, qui jus, de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit: quod receptum est in interdicto de itinere actuque privato reficiendo, ut declaratur in L. 3. *ait*, §. *hoc autem*, *D. de*
7 *iti. act. priv.* Atque † hinc conjecturam licet facere, quid caussæ fuerit olim prætoribus in jure dicundo ita rem instituendi, ut cum de possessione non minus ageretur judicio, quam de cæteris rebus; tamen formulis istis interdictorum placeret illis transigi caussam possessionis potius, quam actionibus, idest, quam solemni ritu observato in actionibus et juris nostri persecutionibus. Animadvertebant scilicet in controversiis istis de possessione et usu rerum non tam de jure nostro agi, quam de adversarii facto, qui impediret, quominus eam possessionem, atque usum obtinerent ii, quibus ea asserta esse volumus. Itaque et hic id agi, non tam ut adversarius quid nobis restitueret, præstaret, quam ut cœpto desisteret, a re discederet, nos nostra possessione frui aut rem in sua velut possessione esse pateretur. Quam ad rem obtinendam omnino interdictum utile esse visum est: dum scilicet prætor donec de jure rei plenius constitutum sit, edicit, ut adversarius faciat quid, aut non faciat, quod sit ad possessionem illam nostram interim obtinendam accommodatum. Sed quoniam hoc edictum primum ex juris nostri persecutione prætori nascitur, et porro ad id jus obtinendum refertur, de quo et judicio agitur: perspicuum est et origine et fine inspecto nihil hic versari re ipsa, nisi actionem; atque adeo iterdictum etiam jam olim re actionem fuisse: si quid differet ab ea, quæ proprie dicitur, actio, formulam tantum et genus agendi interfuisse. Quid interdictum † differat ab edicto absolute ita dicto, non 8
est obscurum. De quo nihil monerem, nisi scirem veteres interpretes ignoratione partim verborum, partim veteris historiæ tradidisse *ad L. 1. D. de op. no. nunt.* interdictum speciem esse edicti; ut recte interdictum dicatur edictum. In quo pueriliter ab aliis erratum est. Edictum lex est prætoris, atque ita jus publicum, *prætorum*, *Instit. de jur. nat. gent. et civil.* Edictum, quia jus est, etiam jus generale est ad omnes pertinens. L. *jura D. de legib.* Interdictum privatum est, et personale, pertinens duntaxat ad eas personas, inter quas interdicto agitur. Idque † 9
est, quod dicitur in *L. 1. §. ult. D. de interd.* interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia esse. Non enim significatur his verbis, interdicta esse actiones in personam, etsi ita concepta sint, quasi sint actiones in rem; sed interdicta etsi in rem, idest, generaliter et sine designatione alicujus personæ ad quam dirigantur, scripta sint; vi tamen ipsa personalia esse, idest, ad certam privatam personam referri. Et ita est: jure ad eum litigatorem pertinent, qui interdicto experitur: conceptione verborum ad eum diriguntur, cum quo ex interdicto agitur, quem prætor aut jubet aliquid restituere, aut vim facere vetat: quod his exemplis planum fiet. Interdictum de loco sacro ita scriptum est: *In loco sacro facere, inve eum immittere quid veto.* L. 1. *D. ne quid in loc. sacr.* Hæc verba in rem et generaliter scripta sunt; quasi lex esset: non enim dicitur *te, aut illum veto*, sed

sed nihilominus perinde accipienda sunt, quasi ita scriptum esset, *te cum quo agitur, veto*; ut vi ipsa ad personam rei hæc verba referantur. Idem licet observare in interdicto, ne quid in flumine publico, *L.* 1. *D. ne quid in flum. pub.* Inscite autem veteres illi moti sunt, *L. prætor in pr. et* §. 1. *D. de op. no. nunt.* L. 1. D. *de tab. exh.* L. 1. D. *uti possid.* et quibusdam similibus locis, ut existimarent interdictum esse dictum, quia his locis partim interdictum misceretur cum edicto; partim interdicto proposito, postea nominaretur edictum a jureconsultis. Hoc enim ideo factum est, non quod essent hæc eadem; sed quod prætor in albo eodem in loco et proponeret edictum, quo pollicebatur se interdictum de re quaque daturum, et deinde subjiceret interdicti verba, quod in eam rem redditurus esset; ut interdicta in albo proponi solita intelligimus ex *L.* 1. *infr. hoc. tit.* Quæ omnia ex tractatu de interdictis in Pandectis facile legenti patebunt. Genera interdictorum, eorumque species si quis desiderabit, eæ divisiones ostendent, quæ de his sunt traditæ in L. 1. *et L.* 2. *D. eod. tit. et Inst. eod.*

Ad L. Cum proponas. 1.

Imp. Alexander A. Evocato.

Cum proponas radicibus arborum in vicina Agathangeli area positis crescentibus fundamentis domus tuæ periculum adferri: præses ad exemplum interdictorum, quæ in albo proposita habet prætor, *si arbor in alienas ædes impendebit*: Item, *si in alienum agrum impendebit*; quibus ostenditur, nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere: ad suam æquitatem rediget. PP. VI. Kal. Apr. Iul. II. et Crisp. Coss.

SUMMARIA.

1. *De arbore aliena, quæ vicino noceat, quæ interdicta; quibus prodita, et quarum rerum gratia.*
2. *Ex lege aut edicto esse, etiam quod est ex sententia; et quid sententia legis.*
3. *In paribus caussis jus idem statuendum.*
4. *Directum, et utile interdictum quid.*
5. *Finium regundorum actionem esse de arbore a vicino consita, non relicto legitimo spatio.*

1 DE arbore, quæ in alieno † agro nata est, duo sunt proposita interdicta vicino: unum de arbore quæ impendet in alienas ædes, in hoc comparatum, ut aut dominus arborem excidat, aut patiatur vicinum excidere, et ligna tollere. Alterum de arbore, quæ in alienum agrum impendet, hujus rei gratia comparatum, ut arborem dominus coerceat, idest, ramos cædat usque ad altitudinem quindecim pedum, ne arbor umbra sua vicino agro noceat L. 1. *D. de arbor. cæd.* Neque plura sunt interdicta de arbore aliena, quæ vicino noceat. Hinc quæsitum est, si aliena arbor in vicini ædes, aut parietem non impendeat: sed ita radices ejus excreverint, ut excurrant sub parietem vicini, et intumescentes periculum ruinæ parietati adferant: an cum vicino agi possit, ut aut arborem extirpet, aut patiatur vicinum extirpare, et ligna tollere, uti de arbore, quæ impendet, juris esse diximus. Hic placet agi posse ita, ut præses ad exemplum superiorum interdictorum rem ad æquitatem suam redigat. Æquitas, sive æquum est quod natura jus est, *L. pen. D. de inst. et jur.*

Natura autem jus est, quod et positum in illis principiis naturæ, jus suum cuique tribuere, alterum non lædere; quæ sunt præcepta juris. L. *justitia.* §. *ult. D. de just. et jur.* Ergo his verbis intelligimus, cum domino arboris sic agi posse, vel ut arborem totam stirpitus evellat, vel radices excrescentes cædat. Denique id faciat, quo res eo deducatur, ne radices arboris vicino noceant, aut patiatur vicinum id facere, et ligna tollere. Hæc enim æquitas est, quæ hic appellatur, constituta ad exemplum interdictorum, quæ suprascripta sunt, ut ibidem adjicitur, quod huc spectat. Obstabat enim huic sententiæ, quod verbis superiorum interdictorum nihil hujusmodi cautum est. Huic dubitationi superioribus verbis occurritur, hoc mo-

modo. Non est hoc jus ex verbis superiorum interdictorum, sed non minus ex illis interdictis jus est.

2 Ex † lege enim esse intelligendum est, non solum quod ex verbis legis, sed etiam quod ex sententia. L. *nominis*, §. 1. *D. de verb. sign.* Sententiam legis appellamus propositum legis, seu finem legislatori propositum, sive rationem, propter quam jus constitutum est. At in superioribus interdictis hæc ratio fuit eorum proponendorum, ne per occasionem arboris vicino noceretur. Hæc ratio, sive sententia interdictorum, et edicti prætoris multo magis locum habet in arbore aliena, non solum quæ damni vicino occasionem præbet, ut accidit, cum in vicinum locum tantum impendet; sed etiam quæ suo corpore nocet vicino: quod fit, cum radices arboris parieti vicini periculum creant. Quare multo magis in hac specie jus idem statuendum est.

3 Itaque † hac ratione, atque hoc exemplo statuitur hæc definitio juris certi: Quoties lex de certis tantum rebus scripta est, si legis sententia et ratio manifesta est, nihilominus idem jus ad cæteras res omnes, quæ in lege appellatæ non sunt, transferendum esse, si in his aut par, aut major ratio est: exstat in *L. non possumus*, *et L. seq. D. de legib.* Ex quo et verissime hoc vulgo dicitur, ubi eadem ratio est, ibi idem jus esse statuendum, sumptum ex *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Non absimile exemplum est illi, quo utitur Cicero in Topicis ad confirmationem hujus ipsius sententiæ, in argumento ex comparatione parium. Ergo † in specie hoc loco proposita interdicto de arboribus cædendis agetur, 4
non directo, quia verba deficiunt; sed utili, ex interdicti sententia. Sic enim utiles actiones appellamus, quæ deficientibus verbis legis ex sententia competunt. §. *ult. Inst. ad leg. Aquil. L. pen. D. si quadrup. pauper. fec. dic.* Hæc, † quæ diximus, ita sunt, 5
si arbor cujus radices nocent, insita sit a domino, relicto legitimo spatio, quod relinqui jubetur. L. *ult.* D. *fin reg.* Nam si hoc spatium relictum non est, agi cum domino arboris potest finium regundorum, ut sive arbor noceat, sive non neceat; tamen arborem tollat. *d.* L. *ult. fin. reg.* Quod si hoc spatium legitimum relictum erit, et nihilominus arbor ita nocebit, ut supra dictum est: hæ erunt actiones et interdicta, de quibus diximus.

Ad L. Præses Provinciæ. 2.

Impp. Valerian. et Gallienus. AA. Messiæ.

Præses provinciæ in eum, qui ejusdem provinciæ non est, nec ex interdicto potest cognoscere. PP. VII. Kal. Maii Seculare et Donato Coss.

SUMMARIA.

1. *Extra territorium neminem judicem cognoscere posse, ne ex interdicto quidem.*
2. *Cur dubitetur, et nihilominus contra statuatur in interdicto.*
3. *Judicem omnem in eum, qui ejusdem provinciæ non est, cognoscere posse quatuor in caussis et quibus.*
4. *Id huic loco non adversari, et cur.*

PRæses provinciæ, eoque multo magis inferior judex, adversus eum qui ejusdem provinciæ et territorii non est, cognoscere non potest: quod sic interpretandum est. Non potest jure, sive utiliter; quia quodcunque adversus eum jus dixerit, pro non dicto est: licet enim ei non parere, idque impune; quia supra jurisdictionem suam jus dixit. *L. ult. D. de jurisd. tot. tit. sup. si a non comp. jud.* Hoc jus pro explorato habetur tam in actionibus in rem, quam in actionibus in personam, tam de aliis rebus, quam de possessione competentibus.

Quæsitum † est, an idem servandum esset, si apud præsidem provinciæ ageretur interdicto: veluti, si adversus civem alterius territorii ageretur de possessione fundi ibi constituti, vel interdicto retinendæ possessionis, *Uti possidetis*; vel interdicto recuperandæ *Unde vi.* Placet hoc loco idem juris esse, etsi ex interdicto agatur, ut intelligamus generaliter ita definiri: neque præsidem, neque ullum judicem ullo in judicio cognoscere adversus eum posse, qui ejusdem territorii non sit. 1

Sed † cur potius dubitatur de interdicto, quam 2

quam de cæteris actionibus? Quia ex interdicto de possessione agitur. Caussa autem possessionis, sive victoria de possessione non magnum præjudicium adferre videtur; quia sit possessio, quæ inde obtinetur, momentaria, de quo dicetur ad *L. momentariæ, inf. unde vi.* Sed nihil hoc ad rem pertinet. Nam dum a præside jus dicatur, nihil refert, quantum ea sententia noceat, et quamdiu. Jus certum esse debet, neminem supra jurisdictionem suam jus dicere posse. *d. L. ult. de Jurisd.* Et merito: qui enim supra jurisdictionem suam jus dicit, tanquam privatus dicit, ut proinde non magis necesse sit ei parere, quam alii cuivis privato.

3 Sed † diligenter cavendum est, ne quod hic dicitur, simpliciter et absolute dictum accipiamus, alioqui multis modis falsum erit. Et certe jus ita habet, ut, non dico præses, sed quivis judex in eum, qui ejusdem provinciæ non est, possit jure cognoscere, et quidem pro jurisdictione sua, quatuor de caussis, quæ ex argumento de jurisdictione, et foro competenti sumuntur melius: nunc pro loco, quod necesse sit, tantum leviter perstringam. Primum, si is, cum quo agitur, in judicem consenserit. L. I. *et* 2. *in pr. D. de jud.* Tum si idem in eadem provincia contraxerit, quo nomine nunc ibi convenitur, *L. heres absens.* §. *ult. et* L. *seq. D. de jud.* Et ideo si in hoc loco tibi dederim rem aliquam precario: recte adversus te, quanvis extremum, in hac provincia tecum agam interdicto de precario. Præterea si quis hic agat, et vice mutua ab adversario conveniatur. L. *qui non cogitur,* D. *de jud. L. cum Papin. et auth. seq. sup. de sent. et interloc.* Postremo si in hoc territorio fundus situs sit, cujus controversiam patior ab homine extero, aut cujus de possessione ab illo sum dejectus; licet mihi adversus illum hoc loco ex loco experiri de fundi possessione tam ex interdicto *Uti possidetis,* quam ex interdicto *Unde vi.* Plus dico: etiam hoc loco caussa possessionis agenda est. *L. unica, sup. ubi de possess. agi oportet.*

Quid † est igitur, quod hac lege dicitur, 4
præsidem in eum, qui alterius provinciæ est, cognoscere ex interdicto non posse? Id ex quæstione proposita interpretandum est. Agebatur ex interdicto apud præsidem provinciæ; et actor contendebat, quia interdicto ageretur, posse in hoc territorio etiam agi adversus exterum. Hic respondetur, si ob hanc tantum caussam præses adversus exterum cognoscere vult, quia caussa possessionis agitur ex interdicto, nullam hanc caussam esse, cur possit id facere. Itaque hæc solum caussa cognoscendi hoc loco removetur. Cæterum ob alias caussas, si velit judex cognoscere, potest: non dico ex interdicto, sed et ex cæteris quibusvis actionibus, dummodo una aliqua ex illis quatuor caussis afferatur, quas supra dixi. *Ad L.*

Ad. L. Incerti. 3.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Pompejano *Præfecto prætor.*

Incerti juris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus, ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptione probationes ab eo qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent tamen ad exemplum eorum res agitur. Subscr. Kalend. Jan. Sirmii ipsis AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Proprietatis et possessionis controversia, quæ, et quando incidat.*
2. *Commodum possessoris, et petitoris onus controversiæ de possessione caussam præbere, et quod sit hoc commodum atque onus.*
3. *Possessionis litem prius, quam proprietatis decidi oportere, idque civilem et naturalem rationem efficere: et quare.*
4. *Possessorio et petitorio judicio simul agi nunquam posse, quocunque interdicto agatur, etiam recuperandæ, aut adipiscendæ possessionis.*
5. *Jus refragari.*
   L. 1. C. de appel. *explicatur, ibid.*
6. *Petitorio et possessorio simul agi posse, absurdum.*
7. *Petitorii et possessorii naturam non admittere horum judiciorum concursum.*
8. *De* c. Pastoralis. et c. cum dilectus de caus. pos. et prop. *quid sentiendum.*
9. L. cum fundum. §. ult. D. unde *vi explicatur.*
10. *Qui cœpit rem vindicare, si postea de possessione experiatur (quod facere non prohibetur) non ideo repudiari petitorium judicium, sed pendere, donec de possessione judicetur. et num.* 12. 13.
11. L. naturaliter. §. nihil commune, D. de acquir pos. *sententia, ubi et vulgaris error refellitur.*
12. Auth. qui semel. C. quo et quan. jud. *quam sententiam habeat.*
13. *De possessione quæ actiones.*
14. *Interdictis hodie cessantibus eorum loco actionem esse utilem, et cur dicatur utilis.*
15. *Interdicta hodie cur locum non habeant. Extraordinaria judicia omnia nunc esse et fuisse etiam temporibus Jurisconsultorum, cum olim essent ordinaria, nunc extraodinaria, ibid.*

1 TUnc inter aliquos controversia † possessionis et proprietatis, cum ambo se ejusdem fundi, aut cujusvis alterius rei possessores esse volunt, et ambo se dominos esse dicunt. Oriri solet hæc controversia, cum is, qui se dominum fundi dicit, fundum qui ab alio detinetur, a possessore vindicat, illum suum esse et sibi restitui debere intendens: sed idem et de possessione adjicit, petens ut nihilominus in ea lite possessoris commodo fruatur, adversarius petitoris partes sustineat. Quod his de caussis potest petere; vel quod dicat se eum fundum jam nunc possidere, qua in re et interdicto *uti possidetis* agat: vel quod intendat sibi possessionem ab adversario restitui debere. Quod et ipsum duplici nomine peti potest, vel quia dejectus sit de possessione ab adversario, ubi et interdicto *unde vi* experiatur; vel quia dicat, se possessionem nunc primum adipisci posse, et eam rem utatur iis interdictis, quæ sunt adipiscendæ possessionis, ut, *Quorum bonorum, Quod legatorum.* Adversarius contra primum se dominum esse dicit; deinde quod ad possessionem attinet, etiam se possidere, contendit; et ita possidere, ut possessionem adversario restituere non debeat.

Et quod actor, qui se dominum dicit, rei vindicatione agit, ut possessionem fundi sui recuperet, recte et consulto facit. Nam hoc ju-

judicio possessionem rerum nostrarum recuperamus ab injustis possessoribus et quidem ita efficaciter, ut postea illi de possessione controversiam movere non possint, obstante his rei judicatæ exceptione, *L. officium*, *D. de rei vindic.* Sed dum hoc consequatur, nihil est, quod quærat amplius. Quid igitur necesse fuit, dixerit aliquis, eum, qui hoc judicio agit, etiam interdicto aliquo, aut actione de possessione controversiam movere.

2 Id eo † fit, et recte, quia certum est commodum possessoris, certum onus petitoris. Petitoris onus in eo est, quod is probare debet rem suam esse, quam suam esse intendit, ac nisi faciat, reus absolvitur. L. *qui accusa. supr. de edendo*, *L. inter D. de jud.* commodum possessoris in eo, quod si petitor nihil probet, reus absolvitur, quamvis ipse nihil præstiterit: atque ita in suo loco manet possessio, *d. L. qui accus.* §. *retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst. de interd.* Hoc commodum sibi habere vult actor possessionem sibi asserendo, et simul petitoris partes in adversarium transferre. Recusat is, cum quo agitur. Hinc controversia de possessione in caussa proprietatis.

3 In † hac controversia possessionis et proprietatis quæstio est, utrum judex possit prius de proprietate cognoscere, et sententiam ferre, an simul de utroque; an vero prius possessionis litem decidere. Placet possessionis litem prius decidi oportere: quod hic scriptum est, *et in* L. *ord. sup. de rei vin.* Ex quo colligimus, nisi prius judex de possessione judicaverit, jure ab ejus sententia appellari posse, quod et ipsum est in L. 1. *sup. de ap.* Cur placeat caussam possessionis prius decidi oportere, hic ratio reddita est, ad hanc sententiam: ut scilicet finita possessionis controversia, et hoc constituto, uter sit possessor; tunc recto ordine, ad petitoriam actionem procedatur: in qua qui possessor pronuntiatus est, fruatur commodo possessoris: contra qui de possessione vicus est, petitor factus partes et onus petitoris substineat: quæ duo sunt in eo, ut probationes ab eo exigantur. Et vero id ita fieri necesse est, caussa enim possessionis ante non decisa, petitoria actio, id est, lis de proprietate, neque potest institui, neque jure ordinari, neque in eo judex idoneam sententiam ferre. Non potest actio institui petitoria, quia ut hoc explicatur in §. *retinendæ*, *Inst. eod. tit.* in petitoria actione oportet unum petitorem esse et alterum possessorem, a quo petatur, idque et civilis et naturalis ratio fatit. Civilis; quia jus civile actionem in rem proponit tantum adversus possidentem *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Naturalis quia natura non potest fieri, quin in petitione sit unus, qui petat, et alter a quo petatur: is autem est, qui pro possessore habetur. Nam cum ab eo petatur, ut rem restituat, non potest fieri, quin rem habeat apud se, aut teneat. Quod enim non possidet, restituere non potest. Sed et is, qui petit, non potest possessor esse; quoniam frustra peteret, quod habet. Ergo, ut dixi, non potest petitoria actio sive rei vindicatio, sive quod idem est, lis de proprietate aliter institui, quam si constet, uter possessor sit, uter petitor. Hoc autem constitui non potest, nisi decisa possessionis lite, ex qua intelligetur, uter sit possessor. Prius igitur eam litem decidi oportet, ut petitoria actio instituatur. Eadem actio sine superiore decisione ordinari non potest: non enim potest intelligi, qui commodo possessoris, quis onere petitoris fungatur. Postremo judex, quam hic sententiam ferat, non habet. Etenim si in petitoria actione petitor non probat, aut pares sunt utrinque probationes, jubetur judex de dominio secundum possessorem judicare adversus petitorem, *d.* L. *qui accusare*, *D. de eden. L. in pari*, *D. de reg. jur.* Hoc vero præstari ab eo non potest, qui uter possessor, uter petitor sit, ignoret.

Si † de possessione prius judicari oportet, pespicuum est, simul possessorio et petitorio judicio agi non posse, et quod idem est, falsum esse, quod vulgo dicitur, possessorium et petitorium judicium posse concurrere. Idque ita est, sive jubeatur judex judicare de alterutro, ubi prius de eo probatum erit, sive jubeatur de utroque id est, et de possessione et de proprietate eodem tempore sententiam ferre. Hoc idem et vulgo recipiunt, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis: ubi sane absurdum est, eum qui se possessorem dicit ex interdicto, petitorio agere, quo modo agendo adversarium facit possessorem. Non idem probant, si de possessione agatur interdicto recuperandæ et adipiscendæ possessionis, ut si quis dejectus de fundi possessione experiatur interdicto *unde vi*, et idem se fundi dominum dicat; aut heres interdicto, *quorum bonorum* de adipiscenda rerum hereditariarum possessione, quarum et idem se dominum esse dicat. Hic statuunt utrumque judicium posse concurresire, ut quis agat et de possessione quam sibi restitui postulet, et simul de proprietate, de qua judicio petitorio experiatur: ratione, ut videtur non improbabili, quia qui pos- 4

sessionem sibi restitui petit, is se non possidere confitetur, sed adversarium: cui intentioni nihil facit repugnans, cum et ab eo petit rem judicio petitorio. Sed hanc sententiam falsam esse omnibus modis convincitur, sive quæratur de jure, quod de hac re constitutum habemus; sive quæratur hujus juris ratio; sive natura ipsa spectetur, atque conditio horum judiciorum quæ istam sententiam ut absurdam et impossibilem repudiat.

5 Si de jure † quærimus: hæc generalis sententia tradita est in hac lege, item in L. *ordinarii, supr. de rei vind.* possessionis quæstionem prius decidi oportere: ubi observandum est dici, decidi oportere, non quia de retinenda possessione agatur, sed tantum ideo, quia de possessione sit controversia. At possessionis controversia est etiam, cum interdictis recuperandæ, et adipiscendæ possessionis agitur, ut declarat divisio interdictorum in §. *seq. Inst. eod. tit.* Prius igitur et hæc controversia ex his interdictis nata decidenda est: Quod si de specie ipsius interdicti. *Unde vi*, quod est recuperandæ possessionis, quæritur; res decisa est in *L. 1. supr. de ap.* Illic enim scriptum est, prius de possessione judicari oportere, et de ea possessione, in qua crimen violentiæ excutiatur: quod non fit, nisi ubi interdicto *Unde vi* agitur ab eo, qui vi de possessione dejectus erat. Non additur: prius judicandum esse, quam de proprietate agatur. Sed hoc necessario intelligendum est. Non enim potest dici, prius judicari de possessione ex interdicto, nisi hoc *prius* ad alias res relatum sic intelligamus; ut judicetur de possessione prius, quam agatur aut de vi criminali judicio, aut de proprietate, aut de utroque. Cum autem nihil adjiciatur: utrumque intelligere debemus, nempe prius de possessione judicandum esse, quam et de proprietate et de vi, de qua judicio criminali agitur. *L. si si quis infr. ad L. Jul. de vi publ.*

6 Si † ratio hujus juris quæritur, sententia istorum absurda est. Nam cum agitur interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, non constat, uter ex litigatoribus sit possessor, aut certe uter pro possessore haberi, et commodo possessionis frui debeat priusquam de possessione ex interdicto judicatum sit. Ergo et prius de eo judicari oportet, quoniam hoc non constituto, petitoria actio institui non potest. Et quidem hac ratione fatentur omnes in interdicto retinendæ possessionis prius de possessione judicari oportere, ut sic ad petitorium judicium perveniatur.

Et si negent, diserte scriptum est in *d. §. retinendæ, Inst. eod.* Ergo et in interdictis recuperandæ et adipiscendæ possessionis eadem ista ratione fateamur, necesse est, prius ex his interdictis de possessione judicari oportere. Nec ad rem pertinet, quod qui petit, possessionem sibi restitui, vel de qua dejectus est, vel quam nunc primum adipisci vult, is se possessorem non esse confitetur, et adversarium possidere agnoscit, qui alioqui male ab eo peteret, ut possessionem restitueret. Hoc enim ita est, si spectetur id, quod videtur esse. Diversum est, si spectetur res et effectus juris. Revera et jure is, qui dejecit, non videtur possidere: neque omnis, qui possessionem retinere non potest. L. *non videtur, de acq. pos.* Contra, qui dejectus est, et omnis omnino, qui ad recuperandam possessionem actionem habet, proinde habetur, quasi possideret. L. *si quis ut, D. de acq. poss. L. qui actione, D. de reg. jur.* Itaque sive is revera possidet, bene est, sive non possidet, tamen possessio et una possessionis commodum ei tribuendum est sententia judicis. Quod si judex ante omnia non facit, jure ab eo provocatur, *d.* L. *1. supr. de appel.*

Postremo † ut de hac re nihil jure proditum esset, ut hujus juris rationem nullam teneremus; tamen ea est conditio istorum judiciorum, possessorii dico et petitorii, ut natura non patiatur, ut quisquam his judiciis simul experiatur. Primum judicia inter se sunt pugnantia, et ejusmodi, ut quod actor uno consequitur, id altero repudiet. Nam possessionis controversæ finis et exitus hic est, ut qui possessorio agit, possessor judicatus commodo possessionis fruatur. L. *exitus, D. de acq. pos.* L. *inter, de jud.* At petitorii judicii hæc conditio est, ut qui eo experitur, petitoris onus in se suscipiat, simul possessionis commodum repudiet. *d. L. inter. de jud. d. §. retinendæ. Inst. de interd.* Nemo autem sanus ita simul aget, ut tam aperte seipsum excludat: denique pugnantia ut natura, sic jure non admittuntur. *L. ubi pugnantia, D. de reg. jur.* Verum fingamus hæc admitti a judice: attamen res apud judicem exitum habere non potest, ubi de possessione prius judicatum non erit. Nam si actor in judicio petitorio non probet se dominum esse, aut probet quidem, sed pares sint ab utraque parte probationes: jubetur, ut ante dixi, judex reum eumdemque possessorem absolvere, adversarium damnare, *d. L. qui accus. supr. de eden. L. ult. sup. de rei vind.* L. *in pari, D. de reg. jur.* Hoc vero quomodo aut jure, aut natura 7

ra

ra judex præstare potest, qui nesciat uter ex litigatoribus sit possessor, ut petitor? Quid amplius volumus? Ut maxime hæc duo judicia recipiantur; tamen uter natura vincat, petitori alterutrum inutile futurum. Sive enim is possessorio vincit, sive vincitur, semper ei possessorium inutile est. Nam etsi eo vincit; tamen ipse sibi inutile reddit, cum nihilominus petitorio experiatur, ubi possessoris commodum repudians, petitorio partes sustinet. Sin autem vincit prius petitorio, ei multo magis possessorium est supervacuum. Petitorio namque consequitur possessionem fundi efficacius, quam possessorio, quia priore judicio vincenti possessio amplius avocari non potest, L. *offic. de rei vind.*

8 Quod † si eodem tempore et de possessione judicabitur et de proprietate, ita ut is qui agit, possessor pronuntietur, adversarius pronuntietur esse dominus: eveniet mirifica illa sententia, de qua est in *c. pastor. et in c. cum dilectus*, *de caus. prop. et pos.* nimirum, et ut judex jubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est: et simul eodem momento, eademque sententia jubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est, et superior in jure proprietatis. *Quæ sententia non* (*) *tam est iniqua et absurda, quam ridicula et derisoria.* Est enim festivus judex, qui dicit, se actori possessionem tribuere, quam non tribuit. Non enim videtur pervenire, quod mansurum non est; et præsertim, si statim id aufertur, quod datum erat. *L. aliud est capere*, *D. de verb. sig.* Itaque hic ridetur magis actor, quam ei quidquam tribuitur. Quamquam hæc sententia est absurda, cum eumdem reum possessionem retinere vetat, et tamen habere jubet. Est etiam contra jus: quoniam actor dolo facit, qui petit possessionem, quam statim et momento restituturus est. *L. dolo*, *de dol. mal. except.* Iniquum igitur statuit judex, qui hunc dolum sententia sua tuetur. Et tamen verbis tantum tuetur, effectu autem ridet. Summa sit hæc, cum ex interdicto recuperandæ et adipiscendæ possessionis actor possessionem, et simul possessionis commodum consequi debeat: hoc illi ante omnia sententia judicis tribuendum esse, lite possessionis prius decisa. Id nisi fiat, jure ab eo appellari posse.

Cum sit hæc sententia adeo certa, et, ut videtur, explorata, operæ pretium est cognoscere, quid fuerit Martino, et reliquis hunc secutis caussæ, ut eam repudiarint.

Movit † eos præcipue L. *cum fundum.* 9
§. *ult. D. unde vi.* Illic scriptum est eum qui fundum vindicavit, pendente adhuc judicio vindicationis, quod petitorium judicium, et de proprietate appellamus, hoc inquam judicio pendente, posse interdicto *unde vi* experiri, nempe de possessione ejus fundi, de qua actor dejectus erat. Ex quo colligunt, simul eumdem utroque judicio experiri posse, et possessorio et petitorio. Gravis sane objectio, et digna in primis, cur a jure tam manifesto, quam supra dictum est, discederent. Atqui perspicuum est, nihil hic plane contrarium dici superiori sententiæ. Non enim dicitur eum, qui interdicto experitur, sic experiri: ut simul et interdicto, et rei vindicatione. Sed nec ex eo, quod dicitur, interdicto agi posse pendente vindicatione, idcirco colligitur etiam una et rei vindicatione agi eodem tempore: cum possit actor interdicto experiri omissa vindicatione, quam instituerat. Et vero ita fieri debere intelligendum est. Nam cum dicitur, pendente vindicatione interdicto agi posse, etiam dicitur agi de possessione. Quod si agitur de possessione, res certi juris est possessionis controversiam prius decidi debere, non novo aliquo et nuper constituto jure, sed jure ordinario, ut est in L. *ordinarii*, *sup. de rei vind.* idest, jure solemni vetere, et jam olim constituto, atque usurpato. At dicunt: illic non dicitur, *pendente judicio rei vindicationis*, *et omisso*, *sive intermisso.* In promptu responsio est: non dicitur, fateor; sed etiam non negatur. Præterea non sic dicitur: interim agi posse interdicto, ut simul rei vindicatione agatur, et de ea cognoscatur. Itaque hoc, an ita interdicto agi possit, ut conjunctim et de possessione ex interdicto et de proprietate judicio possessorio agi possit, an vero de possessione separatim tantum: hoc, inquam, eo loco non attingitur, sed in medio relinquitur. Proinde relictum ex regulis juris certi, quæ alibi traduntur, dijudicandum est. Sunt autem hæ, quas dixi, prius decidi oportere possessionis caussam.

Quod † si verum est, consequens est, si 10
prius

(*) Calore quodam ingenii nimio abripitur non raro Donellus, ut hic: ubi cumulationem possessorii et petitorii; qualis probatur a Pontifice Innocentio III. juris consultissimo, in Cap. *Pastor*, et C. *Cum dilectus extr. de causs. prop. et posses.* vocat invidioso verbo *absurdam* et *ridiculam*: sed quam injuria, ostendit Eminan. Gonzalez in *d. Cap dilectus*; ubi et videas plurimos magni nominis jurisperitos stare pro Innocentio, illiusque probare responsum.

prius de proprietate actum esset, petitorium judicium interim pendere et cessare debere, donec de possessione judicatum fuerit. Quapropter si quis *d. L. cum fundum* §. *ult.* illa verba, *pendente judicio*, interpretetur, suspenso judicio rei vindicationis, et ad aliquod tempus omisso, fortasse non erraverit: quod tamen, ut verba illa non significent; nihilominus ex aliis locis intelligi oportet.

11 Ex † quo etiam intelligi potest quid respondeamus ad id, quod vulgo quærunt ad L. *natural.* §. *nihil commune*, *D. de acq. poss.* quod tam multis paginis Bartolus et cæteri omnes expedire adhuc non potuerunt. Nam cum illic diceretur, eum, qui cœpit rem vindicare, posse nihilominus interdicto *uti possidetis* de possessione experiri, idque ita omnes acciperent, ut faterentur simul cum eo possessorio non posse agi petitorio, sive rei vindicatione prius instituta: ideo quærunt, quid igitur interim petitorio fiat, cum ista concurrere in hac caussa non possint.

Et respondent eum, qui interim interdicto *uti possidetis* experitur, petitorio renuntiare aut aperte, aut tacite; aut etiam intelligendum, finitum prius esse petitorium, quam possessorio ageretur. Utrumque falsissimum. Qui interdicto *uti possidetis* experitur, non magis petitorio renuntiant, quam is qui petitorio prius egerat, sive rem vindicare cœperat, intelligitur renuntiare possessioni. Nihil enim commune habet proprietas cum possessione, ut illic dicitur: quo significat Ulpianus, cum harum rerum judicia diversa sint, si quis experitur, non ideo eum alteri renuntiare. Multo minus intelligendum est in specie illius loci, finitum fuisse petitorium, vel rei vindicationem. Nam ita verba sunt, non denegari ei interdictum *uti possidetis* qui cœpit rem vindicare. Qui cœpit, non finivit. Cœptum igitur judicium, non finitum est. Quid ergo, inquam, petitorio judicio fiet, cum non possit cum possessorio concurrere? Respondebimus, quod supra: nempe interim omittetur rei vindicatio, donec de possessione judicetur. Neque probatio hujus rei longe petenda est: subministratur enim aperte ex hac L. *incerti* et similibus, cum dicitur, *possessionis controversiam prius decidi oportere.* Non potest decidi prius, nisi interim judicium petitorium conticescat, ad quod non nisi constituta possessione perveniri potest.

12 Hoc † loco objicitur *auth. qui semel, sup. quom. et quan. jud.* Illic scribitur, *eum, qui semel actionem instituit, debere usque ad finem litem exercere.* Quo evinci putant, vindicationem institutam omitti non posse. Sed hoc jure offendi non debemus. Qui interdicto de possessione experitur pendente rei vindicationem et interim persecutionem petitorii omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea lite partes petitoris sustinere, ac se commodo possessoris frui vult, id quod jure postulat, cum sit possessor, nec possessioni renuntiaverit vindicando. Licet etiam hoc modo respondere: quod dicitur in *auth. qui semel*, eum qui actionem instituit, actionem ad extremum exercere debere: sic accipiendum est, *nisi sit justa caussa, cur actionem cœptam omittat.* Quæ interpretatio probatur ex sequentibus verbis illius authenticæ. Subjicitur enim postea, *si is, qui actionem instituerat, litem non exerceat, rem judicandam esse, præsente adversario, auditis ejus allegationibus et cognita veritate*: idest, ita judicari debere secundum præsentem, si jure id fieri oporteat, et agenti nullum jus sit. At tunc secundum præsentem adversarium judicari non oportet, ubi non constat eum possessorem esse. Non constat autem, ubi is, qui rem vindicare cœperat, interdicto de possessione experitur. Nihil igitur prohibet neque ex vetere neque ex novo jure, quominus is, qui rem vindicare cœperat, pendente judicio de possessione, aliquo interdicto experiatur, et interim suspendatur rei vindicatio. Neque ideo actor in expensas litis condemnandus est, qui rei vindicationem institutam omittit. Is enim in expensas litis condemnandus est, qui temere litigavit. *L. eum quem temere*, *D. de jud.* Nihil autem temere facit actor, qui cum illi et petitorium et possessorium competant, his diversis temporibus utitur, cum vult. Huc pertinet regula juris, nullum videri dolo facere, qui jure utitur. *L. nullus*, *D. de reg. jur.*

Hoc jure constituto, possessionis litem prius decidi oportere, quæsitum est, quomodo decideretur. Ajunt Imperatores decidi oportere competentibus actionibus. Sensus est: ita decidi oportere, ut sunt interdicta, sive actiones, quibus de possessione nobis asserenda agitur, sive quæ de ea re nobis competunt. Quod propterea dicitur, quia non unum genus est possessionis quam nobis asserimus. Est enim possessio, quam penes nos esse dicimus, quam nobis volumus retineri. Est possessio, quæ nobis abest, sed quam vel adipisci, vel recuperare amissam volumus. L. 1. §. 1. *et* 2. *uti poss.*

De † unoquoque genere, suæ sunt actiones, sive interdicta, quæ non eandem peten- 13

di-

caussam habent. Hoc igitur sentiunt Imperatores, litem possessionis decidi oportere, uti erunt interdicta, sive actiones, quibus aut retinendæ possessionis caussa agitur, aut adipiscendæ, aut recuperandæ, §. *sequens*, *Inst. eod.* Etiam actiones ordinariæ interdum de possessione competunt ex quibusdam caussis; ut condictio indebiti de possessione indebita alii tradita, ut condictio furtiva de re furtiva; ut condictio sine caussa, et triticaria, de possessione fundi, de quo dejecti sumus, L. *indeb.* §. 1. *de cond. indeb.* L. 1. *in fin. cum L. seq. D. de cond. trit.* Itaque his etiam cum agetur, ex earum natura æstimandum erit, quomodo lis possessionis decidatur.

Hoc posito, occurrebat hoc loco hæc dubitatio. At isto modo non poterit lis possessionis expediri; quia nullæ sunt competentes actiones de ea re, aut certe perpaucæ. Nam de possessione interdicta competunt. Porro interdicta in extraordinariis judiciis locum non habent. Huic dubitationi occurrunt Imperatores, in extremo, et rem expediunt hoc modo.

14 Interdicta, † idest, formulæ quibus olim concipiebantur interdicta, sane hodie locum non habent, sed res interdictorum mansit. Nam res agitur actionibus exemplo interdictorum, idest, actione petet unusquisque, ut sibi possessio defendatur, ut sibi possessio, quam non habet, restituatur ex iis caussis, ex quibus interdicta iisdem de rebus competerent. Et tantum consequetur actor, quantum consequeretur, si interdictis retinendæ, adipiscendæ, aut recuperandæ possessionis expertus esset. Unde actio, quæ de possessione nunc competit, utilis dicitur, §. *ult. Inst. eod.* quoniam omissis interdictorum verbis sententiam interdicti, idest, rem et effectum retinet.

15 Sed † cur interdicta hodie locum non habent? Quia judicia hodie sunt extraordinaria, ut significant Imperatores his verbis, *interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habeant*: quæ nisi explicentur, locus commode intelligi non potest. Primum hoc statuendum est, hodie judicia esse extraordinaria et quidem iis temporibus quibus vixerunt Jurisconsulti ac non tantum Imperatores Diocletianus et Maximianus auctores hujus rescripti. Extraordinaria fuerunt, non unum aliquod: sed omnia, §. *ult. Instit. eod.* Extraordinaria dicta, cum olim essent ordinaria, ut est *in tit. Inst. de success. subl. in pr.* Ordinaria judicia olim dicta sunt ex eo, quod certo tantum anni tempore, et constituto, idque certo ordine et forma exercerentur: quod tempus dicebatur conventus, ut Theophilus docet ad eum tit. *Inst. de succes. subl.* et ad §. *eadem*, *Inst. quib. ex cau. manu. non lic.* Recte hoc modo judicia ordinaria. Nam in usu veterum ordo dicitur forma et ratio, sive mos rei gerendæ certus et solemnis, idemque jam olim constitutus: quod quæ certa sunt et constituta, ea certo ordine constant et administrantur. Hoc sensu dicitur ordo judiciorum publicorum exercendorum exolvisse: L. *ordo*, *D. de pub. jud.* Hoc sensu jus ordinarium, idest, certum et usitatum, L. *ordinarii*, *sup. de rei vind.* Hinc feriæ extraordinariæ solemnis oppositæ, L. *sed etsi*, §. *si feriæ*, D. *ex quib. cau. major.* Hac ratione dicta exsecutio ordinaria, cum judicio de jure nostro agitur. Contra cum prætor vi et manu decretum suum exsequitur, dicitur extra ordinem exsequi L. 3. D. *ne vis fi. ei qui in poss. miss. est.* Nempe quia ratio usitata et solemnis juris nostri persequendi hæc est, ut judicio experiamur, L. 1. *sup. de exse. rei jud.* Recte ergo judicia ordinaria appellata, quæ certo et stato tempore atque ordine exercentur. A quo ordine cum discessum est, quod tunc factum est, cum cœperunt quovis tempore judicia exerceri: recte dicta sunt exerceri extra ordinem, quia præter morem veterem et usitatum. Ut autem in tempore a vetere ordine discessum est: sic discessum est ab ordine judiciorum exercendorum, ut ambages verborum et circuitus non necessarii in judiciis exercendis omitterentur, *tit. de suc. subl. in Inst.* Hinc conceptio formularum in judiciis observari desiit: quod et Pauli temporibus valuit, *L. antepen. D. de neg. gest.* Jus deinde renovatum, ei constitutum apertius lege Constantini *L.* 1. *sup. de for. et imp. act. sub.* In hoc genere erant interdicta, quæ constabant formulis et conceptionibus verborum, *Instit. de interd. in pr.* Ex his jam intelligimus, cur dicantur hoc loco interdicta in judiciis, quæ nunc extraordiaria sunt, *proprie* locum non habere. *Proprie* adjectum est, quia interdictorum conceptiones locum non habent: vis ipsa, et effectus interdictorum manet.

Ad L.

Ad L. ult.

Impp. Arcad. et Honorius AA. Æmiliano *Præfecto prætorio.*

Si quis quodlibet interdictum efflagitet ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia, actionem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere. Dat. XIII. Kal. Aug. Constantinop. Arcadio A. VI. et Probo Coss.

SUMMARIA.

1. *Ambages interdictorum hæ: formulæ verborum, deductiones in rem præsentem, impetratio actionis ex caussa interdicti.*

2. *Ambages interdictorum hac lege ita sublatæ ut interdictum ne postulare quidem hodie liceat.*

1 AMbages † interdictorum hic nominantur, non solum, quod interdicta formulis verborum non necessariis constarent; sed etiam quod impetrato et reddito interdicto deductiones quædam in rem præsentem more fieri solent, ubi possessio restitueretur, aut declaretur reus se vi abstinere, vim possidenti non facere; ut colligere licet ex *oratione Cic. pro Cæcin.* Hic si interdicto prætoris paritum non esset, tunc denique impetrabatur actio adversus eum, qui non paruisset, quæ ex caussa interdicti reddebatur, significatur in §. *ult. Inst. de interd.* quæ bene et erudite annotata sunt a Barone *ad tit. de interd. in pr.* Hos circuitus et has ambages inutiles esse perspicuum est. Itaque his sublatis statim jubetur actor actionem suam de possessione proponere. Sed cum hæ ambages jam ante observari desiissent, ut declaratur lege præcedente, quid opus fuit hac constitutione?

Hoc † videtur hæc constitutio adjecisse: 2
nam ante interdicta non observabantur, idest, non necesse erat observari: si quis tamen interdicto experiri vellet, non prohibebatur: ut res hæc videretur relinqui libera, utrum quis interdictum postularet, an non postularet. Hac constitutione res in necessitatem juris translata est, ut si quis interdictum postulet, non audiatur.

AD TITU-

AD TITULUM II.

QUORUM BONORUM.

Ad L. Hereditatem. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Justo.

Hereditatem ejus quem patrem tuum fuisse dicis petiturus, judicibus qui super ea cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quanvis enim bonorum possessionem ut præteritus agnovisti, tamen interdicto *Quorum bonorum*, non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris. PP. VIII. Kalend. Januar. Laterano et Ruffino Coss.

Ad L. Si ex edicto. 2.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Marco.

Si ex edicto sororis patruelis intestatæ sine liberis defunctæ, recte petita bonorum possessione quæsisti successionem, ac negocium integrum est: quæ cum moreretur, ejus fuerunt, secundum interdicti, *Quorum bonorum*, tenorem, ab his qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint quo magis desierint possidere, tibi rector provinciæ restitui efficiet. PP. VI. Kalend. April. CC. Coss.

Ad L. Constat. 3.

Impp. Arcad. et Honor. AA. Petronio vicario Hispan.

Constat virum a bonis intestatæ uxoris superstitibus consanguineis esse extraneum: cum prudentium omnia responsa, et lex ipsa naturæ successores eos faciant. Ergo jubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis, per interdictum *Quorum bonorum* in petitorem corpora transferantur: secunda actione proprietatis non exclusa. Dat. VI. Kalend. August. Mediolan. Olybrio et Probino Coss.

SUMMARIA.

1. *Pand. Florentinarum lectio in interdicto* Quorum bonorum *emendata. et n.* 13.
2. Quorum bonorum *interdictum propositum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est: et hoc totum quid sit, quidque hodie contineat.*
3. *Non omnibus heredibus* quorum bonorum *interdictum competere, sed solis, qui apud magistratum bonorum possessionem agnoverunt.*
   L. 1. C. hoc tit. *exponitur, ibidem. et numer.* 6.
4. Quorum bonorum *interdictum ideo necessarium esse ad rerum singularum possessionem adipiscendam, quia hanc bonorum possessio data non tribuit.*
5. *Non sufficere ad hoc interdictum bonorum possessionem datam, sed probari oportere ex justa et vera caussa datam.*
6. *Hoc interdictum competere de rebus hereditariis non solum, quæ nunc tales sunt, sed etiam quæ a possessore usucaptæ sunt; explicantur illa verba interdicti* possideresve, si nihil usucaptum esset.
7. *Pro herede possidentem non aliter usucapere posse res hereditarias, quam si justam*

justam caussam habeat existimandi se heredem.

8. *Hoc interdictum cur de re hereditaria a possessore usucapta adversus dominum, et eum, qui actionem et exceptionem de re habeat.*

9. *Hoc interdictum solum adversus corporum hereditariorum possessores, non etiam adversus debitores hereditarios, aliter atque petitio hereditatis datur? et differentiæ ratio.*

10. *Hoc interdictum cum persequatur res singulas, quid sit, quod dicitur in* L. 1. D. hoc tit. *referri id ad universitatem bonorum, non ad res singulas.*

11. *Interdictum dari adversus eum solum qui pro herede prove possessore, non etiam justo titulo possideat; et cur.*

12. *Hoc interdictum competere etiam adversus eum, qui dolo desiit possidere. Tenor interdicti quid sit in* L. 2. C. hoc tit. *ibid.*

13. *Hoc interdictum ad hoc competere, ut quod de hereditate possidetur, restituatur, idest, præstetur actori.*

14. *Petitionem hereditatis, et hoc interdictum competere de iisdem rebus, iisdem personis, et adversus easdem personas: sed interdictum ad possessionem adipiscendam una in re commodius unde et comparatum.*

OMissis iis interdictis, quæ sunt de rebus sacris, religiosis, publicis, quæ proponuntur in Pandectis, solum hic traduntur interdicta de rebus privatis: eaque sequuntur deinceps, initio facto ab iis, quæ sunt restitutoria, et adipiscendæ possessionis, ut fert ordo divisionum interdictorum, quæ traduntur *in* §. 1. *et seq. Inst. de interd.*

1 Interdictum † *quorum bonorum*, quod hic primum proponitur, extat in L. 1. *D. eod.* In quo cætera recte scripta sunt in Pandectis Florentinis, illud non recte: *quod quidem dolo malo fecisti* legendum est enim, ut in aliis exemplaribus: *quodque dolo malo fecisti*, vel *quodque item dolo malo fecisti*, ut in partibus hujus interdicti explicandi suo loco pluribus ostendemus. Complectitur id interdictum quatuor, quæ ad naturam ejus pertinent; quibus expositis, simul et natura et vis interdicti, et rescripta hujus tituli, quæ easdem partes confirmant, intelligentur. Sunt igitur in hoc interdicto hæc quatuor; Cui detur; Quibus de rebus; adversus quos; Cujus rei gratia, sive quid in condemnationem hujus judicii veniat.

2 Primum † proponitur interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est. Bonorum possessionem cum dicimus, bonorum hereditatem et patrimonium defuncti intelligimus: *possessionis* verbo jus ejus patrimonii retinendi, persequendique *L.* 3. *in pr. D. de bon. poss.* Bonorum possessionem olim dabat prætor, cum ei, cui ex edicto prætoris delata erat bonorum possessio, petenti et agnoscenti prætor dicebat se bonorum possessionem dare. Hodie ut quisque apud magistratum testatus est se hereditatem alicujus ex aliqua caussa amplecti et agnoscere, bonorum possessio ei data intelligitur. Annuit enim magistratus; annuendo intelligitur admittere petentem; admittendo possessionem dare, ut est constitutum L. *ult. supr. qui adm. ad bon. poss. pos.* Dare possessionem bonorum ex edicto, est dare possessionem bonorum secundum edictum prætoris, idest, ex ea caussa, ex qua prætor edictis suis pollicetur se bonorum possessionem daturum: cujusmodi caussæ sunt, ex testamento quidem, secundum tabulas, et contra tabulas testamenti; ab intestato autem, unde liberi, unde cognati, unde vir et uxor, §. *sunt autem, Inst. de bon. poss.*

Cum † hoc interdictum proponitur ei, cui bonorum possessio ita data est, ex eo intelligimus competere quidem hoc interdictum heredibus aut iis, qui vice heredum sunt; non tamen omnibus, sed iis duntaxat, qui apud magistratum bonorum possessionem agnoverunt, ut intelligatur prætor possessionem singularum rerum ei soli promittere, cui prius ex edicto hereditatis, sive bonorum possessionem dedisset. Est quidem in *L.* 1. *hoc tit.* hoc interdictum dari ei, qui probaverit se aut ad hereditatem, aut ad bonorum possessionem admissum esse: quæ verba vulgo sic acceperunt, ut hoc interdictum non minus detur heredibus hoc ipso, quod heredes exstiterunt, quam bonorum possessoribus, agnita apud magistratum bonorum possessione: quanvis concedant heredibus solum competere utile. Seu non recte his verbis adversus superiorem sententiam moventur. Nam et is bonorum possessionem agnoscere intelligitur, qui dicitur ad hereditatem admitti. Is enim admittitur ad hereditatem, qui admittitur a magistratu, apud quem 3

quis

quis testatur se hereditatem amplecti. Hoc autem testari apud magistratum annuente magistratu, est possessionem bonorum agnoscere et accipere, L. *ult. sup. qui ad bon. poss. admit. pos.* Tantum hoc interest inter eum, qui ad hereditatem admittitur, et qui admittitur solum ad bonorum possessionem, quod heres verus sic admittitur ad bonorum possessionem, ut etiam admittatur ad hereditatem, qui revera heres erat. Is autem, qui jure civili heres non est, admittitur duntaxat ad bonorum possessionem. Sic fit in summa, ut non alii detur hoc interdictum, quam ei, qui apud magistratum bonorum possessionem agnoverit.

4 Sed † si bonorum possessio alicui data est, quid opus est hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam. Eo opus est, quod bonorum possessio juris, idest, hereditatis tantum possessionem tribuit, corporum possessionem et detentionem non tribuit, L. 3. *D. de bon. pos.* Hæc igitur adhuc restat. Ea est, quæ hoc interdicto petitur, *L. ult. hoc tit.*

5 Hactenus † verba interdicti solum hoc exigere videntur, ut data bonorum possessio sit ei, qui hoc interdicto experiri volet. Sed adjicitur in L. 1. *hic*, quod sit ad interdictum interpretationis vice: ita demum scilicet hoc interdictum competere ei, cui bonorum possessio data est, si etiam cum effectu sit data: idest, si ea caussa, ex qua bonorum possessio data est, vera sit, ut intelligamus eum, qui hoc interdicto experiri velit, duas res suscipere et probare dedere, primum se ad bonorum possessionem admissum; deinde admissum ex ea caussa, quæ ut justa, ita sit etiam vera. Id in *d.* L. 1. declaratur hoc exemplo. Filius testamento patris præteritus est: is bonorum possessionem contra tabulas agnovit, ut jus est, §. *sunt autem*, *Inst. de bon. possess.* Non poterit hoc interdicto uti, nisi se bonorum possessionem accepisse, et filium defuncti esse probaverit; ex qua caussa videlicet bonorum possessionem agnoverat. Quo exemplo idem de aliis caussis cæterarum bonorum possessionum dicendum est: utputa, qui bonorum possessionem agnovit *secundum tabulas testamenti*, probare debet testamentum esse, et id justum: qui agnovit bonorum possessionem, *unde agnati*, probare debet se proximum agnatum esse. Idemque de similibus judicandum est. Is probat se filium esse, qui probat se ex uxore defuncti natum, L. *filium*, *D. de his, qui sui, vel al. jur.* Quod si quis vulgo talia habeatur, is necessitate probationis liberatur, quasi qui sit in ejus juris possessione, *argum.* L. *non nudis*, *supr. de prob.* L. *quidem*, *D. de prob.*

Cui, † detur hoc interdictum, dictum 6 est. Sequitur, quibus de rebus competat. Id expressum est illis verbis interdicti, *quod de his bonis pro herede, aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti: uti desineres possidere, id illi restituas.* Quorum verborum hic sensus: *restituas, quod de his bonis possides pro herede, aut pro possessore.* Item, *et quod pro herede prove possessore non possides; possideres tamen pro herede prove possessore, si a te usucaptum non esset.* Quibus in summa declaratur hoc interdictum competere de iis quidem bonis, quorum possessio data est, id est, quæ fuerunt hereditaria, cum defunctus mortuus est; sed id dupliciter. Non enim tantum competere de his rebus, quæ hereditariæ fuerunt, et etiam nunc in eadem caussa manent (hæ sunt, quæ possidentur a te pro herede prove possessore) sed etiam de iis, quæ prius quidem fuerunt hereditariæ, nunc autem a te usucaptæ sunt, quæ jam a te non possidentur pro herede prove possessore: cum privato titulo, id est, pro suo possideantur, L. *hereditatem sup. in quib. cau. ces. long. temp. præs.* sed tamen sunt ejusmodi, quæ pro herede prove possessore a te possiderentur, si a te usucaptæ non essent.

At † enim quomodo quid ex his rebus a 7 te usucapi potest, quod ante impletam usucapionem isto titulo possidebas? Etenim qui pro herede possidet, is vero titulo non possidet. Is namque dicitur pro herede possidere in hoc interdicto, qui revera heres non est; sed putat se esse, ut postea dicemus. Ita hic titulus, ut dixi, verus non est. Nihil porro usucapi potest nisi quod vero titulo possidetur: quam ob caussam etiam receptum est, eum, qui pro herede hoc modo possidet, usucapere non posse, L. *ult. sup. pro hered.* Sed hoc sic acceptum est: nisi is, qui pro herede possidet, justam caussam habeat existimandi se heredem esse, ut et in cæteris titulis non veris receptum est; L. *non solum*, §. 1. versic. *hoc amplius*, *D. de usuc.* L. *quod vulgo*, *D. pro empt.* L. *ult. D. pro suo.*

Finge igitur hoc modo: cum pater filium peregre profectum haberet, certis nuntiis allatum est, illum esse mortuum. Ita cum se putaret filium non habere, extraneum heredem instituit. Is heres eodem errore se vere heredem putans bona hereditaria possedit. Si in

justo tempore possederit, usucapiet. Hic nos dicimus, quamvis heres in hoc errore res hereditarias usuceperit; tamen filium reversum, si bonorum possessionem agnoverit contra tabulas patris, etiam de his usucaptis rebus hoc interdicto experiri posse. Sed obstant huic sententiæ duo.

8 Illud † primum, quod petitio hereditatis non datur adversus eum, qui justo titulo et privato possidet, L. *hereditatem*, *sup. in quib. causs. cess. long. temp. præs.* Atqui qui usucepit, jure dominus rei effectus est. Quam ob caussam maxime justo et privato titulo possidet, *Inst. de usuc.* Ex quo effici videtur, neque hoc interdictum adversus eum dari debere. Alterum est, quod nulli res sua auferri debet, *L. id quod nostrum*, *D. de reg. jur.* ne ei quidem, qui usuceperit. Nam etsi is rem usucaptam non possideret; tamen ad eam persequendam actionem haberet, *L. in rem*, *D. de rei vind.* Quare si rem a se usucaptam possidebit: multo magis exceptionem habebit ad eam retinendam, *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.* Denique hæc ipsa definitio ejus rei, quæ est in bonis nostris: ut sit ea, quam possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus, *L. rem in bonis*, *D. de acq. rer. dom.* Et ut vera sunt, ita admittenda essent hæc omnia, si in hoc interdicto constaret eum, cum quo agitur, rem hereditariam aliquam usucepisse. Sed neque hoc constat, neque adeo in hoc interdicto constare potest: nam si possessor hac exceptione utatur; rem, quam tibi restitui vis, usucepi: possedi enim pro herede, sed probabilis error meus fuit, cur putarem me heredem; hac, inquam, exceptione si utatur: exceptio obscurior est, et quæ altionem quæstionem habeat. Hujus generis exceptiones in præparatoriis judiciis non admittuntur, sed differuntur in judicium directum proprietatis, L. 3. §. *ibidem*, *D. ad exhib.* Multo minus recipiendæ sunt in judicio, quod est de momentaria possessione. Sic enim vocant interdicta, L. *momentariæ*, *inf. unde vi.* Neque hoc modo fit injuria actori: cui de possessione victo nihilominus caussa proprietatis integra relinquitur, L. *unica*, *sup. si de momen. poss. fuer. appel. L. ult. in fin. hoc tit.*

Tertium sequitur, adversus quos detur hoc interdictum. Datur autem adversus duo hæc genera possessorum, primum adversus eum, qui pro herede, prove possessore possidet aliquid de iis bonis, de quibus agitur, ut interdicto expressum est his verbis, *quod de*
9 *his bonis possides*. Possidendi † verbum si ad hereditatem aut bona refertur, juris possessionem intelligemus, ut fit, cum nominatur bonorum possessio, *L.* 3. *in pr. D. de bon. poss.* Nunc cum referatur ad res singulas, quæ de his bonis possidentur: servata hic est propria possidendi significatio, qua re solum corporales continentur, L. *servus*, §. *incorporales*, *D. de acq. rer. dom.* Unde placuit solam corporum restitutionem in hoc interdictum venire; non etiam competere interdictum adversus hereditarios debitores, tametsi hi quasi juris possessores habeantur, L. *ult. infr.* L. 2. *D. eod.* Atqui petitio hereditatis adversus debitores hereditarios datur, L. *regulariter*, L. *nec ullam*, §. *ult.* L. *quod si in diem*, §. *Julianus*, *D. de pet. her.* Cur igitur non datur et hoc interdictum, cum interdicto de re non usque adeo magni momenti agatur? Differentiæ ratio est, quod in petitione hereditatis constat eum, qui agit, heredem esse: neque enim aliter vincit, quam si se talem esse probaverit. Æquum vero est heredi solvere debitores hereditarios. At in interdicto *Quorum bonorum* is, qui agit, non plene probat se heredem, aut bonorum possessorem esse, ut mox dicetur. Proinde ne illud quidem æquum in hac incertitudine ei solvi, qui heres non sit: quia solvendo non possessio tantum pecuniæ in eum transfertur, sed etiam dominium.

Datur † interdictum adversus eum, qui 10
possidet *quid de his bonis*: Ergo non tantum adversus eum, qui res omnes hereditarias possidet, sed etiam, qui unam aliquam etiam minimam, ut de petitione hereditatis placet, *L. regulariter*, *et L. licet*, *D. de pet. her.* Non est contrarium, quod scribitur in *L.* 1. *D. eod.* hoc interdictum referri ad universitatem bonorum, non ad res singulas. Hoc enim sic accipiendum est: si persona agentis spectetur; diversum, si spectetur is, cum quo agitur. At enim nihil distinguitur, dicet aliquis. Sed ex ratione juris necessario id intelligendum est. Nam cum de conditione actionis agitur, eam metiri oportet ex jure ejus, qui agit, non ejus, cum quo agitur, ut de hoc ipso genere actionis nominatim traditum est in L. 1. §. 1. *D. si pars her. pet.*

Datur † interdictum non adversus quemlibet possessorem, sed adversus eum, qui pro 11
herede aut pro possessore possidet, id est, qui nullo titulo possidet. Nam is dicitur hoc loco pro herede possidere, qui se dicit heredem, cum non sit, sive sciat se heredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam caussam possidendi habet aliam, quam quod possidet, unde nomen natum:

hæc

hæc in *L. pro herede*, et *L. seq. D. de pet. her.* §. *sequens. Inst. de interd.* Adversus eum autem, qui justo aliquo titulo possidet, hoc interdictum non datur, non magis, quam hereditatis petitio, L. *hereditatem*, *sup. in quib. caus. ces. long. temp. præs.* Merito: non enim si quis heres est, et res, de qua agitur, hereditaria, continuo heres est dominus. Nam et res pignori datæ defuncto, et bona fide ab herede possessæ hereditariæ sunt, L. *item veniunt*, *D. de pet. her.* neque ideo heres earum dominus est. Iniquum est autem, qui dominus non sit, aut certe quem dominum esse non constat, rem domino auferre, aut ei, qui pro domino rem bona fide et justo titulo possideat, *L. ult. D. de publ.* Addita est exceptio in interdicto: præterquam si quis usuceperit, quod prius pro herede possidebat: cujus exceptionis rationem supra reddidimus.

12 Est † alterum genus eorum, adversus quos hoc interdictum datur: est autem eorum, qui dolo fecerunt, quominus pro herede prove possessore possiderent. Quod illis verbis comprehensum est, *quodque item dolo malo fecisti, uti desineres possidere*, quæ verba in interdicto ita restitui debere initio monuimus: quod non obscure declaratur in L. 2. *hoc tit.* ubi scriptum est, hoc interdictum propositum esse adversus eos qui pro herede, prove possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desinerent possidere. Et nominatim adjicitur, hunc esse tenorem interdicti, idest, hæc interdicto teneri, seu contineri. Et vero consentaneum est omnibus regulis juris; quibus efficitur, ut quæcunque actiones, quæcunque interdicta adversus eum dantur, qui possidet, dentur etiam adversus eum, qui dolo desiit possidere, ut sit par utriusque caussa, *L. qui petitorio*, *D. de rei vind. L. parem*, *L. qui dolo*, *D. de regul. jur.* Illa autem verba, quæ sunt in Pandectis Florentinis: *quod quidem dolo malo fecisti*, penitus delenda sunt ex libris nostris. Habent enim aperte non tantum sententiam falsam, sed etiam absurdam. Hoc enim exprimunt, si quidem dolo fecisti, ut desineres possidere, ut sit in illis verbis conditio. At hoc certo statui debet, quisquis rem hereditariam pro herede, prove possessore possidet, eum teneri hoc interdicto sine ulla conditione. Tum autem conditio est stulta et absona; quia naturæ adversatur. Perinde enim valet, quasi diceretur: restituas quod possides, si modo desiisti possidere.

13 Quod † reliquum est, datur hoc interdictum hujus rei gratia ut quod de bonis hereditariis possidetur, ut supra dictum est, id restituatur petitori, idest, in petitorem transferatur, ut est in *L. ult. hic.* Restituendi verborum proprie refertur ad ea, quæ a nobis prius profecta nobis restituuntur. Sed interdum et de iis accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur, *L. verbum reddendi*, *D. de verb. sig.* quod fit in hoc interdicto. Non enim petit heres eas res, quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Unde interdictum est, ut restitutorium, sic adipiscendæ possessionis, *L. in fin. D. eod.*

His † de interdicti, atque hujus tituli sententia cognitis, non abs re quæritur, quid opus fuerit hoc interdicto; cum videatur ad possessionem rerum hereditariarum adipiscendam sufficere petitio hereditatis, judicium et plenius et efficacius, quam hoc interdictum. Nam petitio hereditatis datur adversus omnes, qui pro herede, prove possessore possident; neque tantum corporum possessores, sed etiam debitores hereditarios, L. *regulariter*, *L. nec ullam*, *D. de pet. hered.* Sed et possessio, quam eo judicio obtinemus, a nobis avocari non potest ei, quem vicimus. Nec majora onera esse videntur in petitione hereditatis, quam in hoc interdicto, nam in petitione hereditatis qui agit, probare debet se esse heredem. At idem probare debet, qui hoc interdicto experitur, *L.* 1. *hoc tit.* 14

Quare non abs re videri possit hoc interdictum inutile esse et otiosum. Dicendum est, cætera in petitione hereditatis esse pleniora et commodiora. Unum in hoc interdicto esse commodius, rationem probandi. Nam in petitione hereditatis, si quis se filium defuncti esse contendat, exempli gratia, eoque heredem patris: non tantum probare debet se esse filium defuncti, sed etiam si ex adverso dicatur eum ex illo non esse natum, puta aut eam, ex qua natus est, uxorem defuncti non fuisse, aut si uxor fuit, a defuncto concipi non potuisse: exceptiones sunt, de quibus in eo judicio quæri oportet. Est enim petitio hereditatis directum judicium: quo in genere plena inquisitio requiritur, L. *judices*, *sup. de jud.* In interdicto autem satis est, si quis se primo filium esse ostenderit in speciem, cui si contra objicientur exceptiones superiores, hæ in hoc judicio non admittuntur, sed differuntur in directum judicium petitionis hereditatis, ut supra docuimus. Quare hoc interdictum ad possessionem adipiscendam commodius; in eo brevior et expeditior via ad possessionem adipiscendam.

AD TITULUM III.

COD. QUOD LEGATORUM.

Ad L. Heredi. 1.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Latinæ.

Heredi scripto satis idonee lege Falcidia, si exhausta legatis successio probetur, per quartæ retentionem prospectum est unde si legatarius vel fideicommissarius non consentiente patre tuo quem asseveras testatori successisse, et bonorum possessionem accepisse, relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit: secundum sententiam interdicti quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est, oblata satisdatione, quam præstari oportet in possessionem te constitui, ut ita retentione competenti utaris, experiri potes. Dat. XVI. Kal. Jan. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Interdicti* Quod legatorum *summa, nominis ratio, et verba restituta, ac sigillatim confirmata.*
2. *Hoc interdictum esse inutile heredi, nisi aut neget rem legatam esse, aut dicat supra dodrantem esse legatum. et num.* 3.
3. L. unicæ C. hoc tit. *sententia.*
4. *Hoc interdicto sic res legatas legatorum nomine occupatas recipi, ut heres, sola quarta retenta, cogatur reliquum legatario restituere: dissimiliter, si legatarius legatum subtrahat, quo casu totum amittit: et differentiæ ratio.*
5. *Legatarium rem legatam sua auctoritate, non vi occupantem non teneri iis constitutionibus, quæ damno rei afficiunt eos, qui res invaserunt.*

1 Et si legatarius † rei legatæ dominus sit, et ita dominus, ut ad eam rem non indigeat heredis traditione, sed dominium rei legatæ a testatore ad legatarium recta via transeat, L. *legatum ita, D. de L.* 2. *L. a Titio, D. de fur.* placuit tamen eum hactenus dominum esse, ut non eo minus jubeatur legatum ab herede petere, non sua auctoritate occupare. Si contra facit, jubetur, rem legatam heredi restituere, in quam rem hoc interdictum comparatum est, quod appellatur, *Quod legatorum*, ex initio videlicet interdicti, ut et superius interdictum *Quorum bonorum*, *L.* I. *D. eod.* Interdicti hæc verba fuerunt: *Quod legatorum nomine non ex voluntate ejus, ad quem ea res pertinet, occupatum possides, aut dolo desiisti possidere, si de eo tibi ab illo satisdatum est, aut per eum non stat, quominus satisdetur, id illi restituas.* Illa verba, *quod legatorum nomine possides occupatum*, indicantur in L. I. *in prin. et versic. redigit, D. eod.* Illa autem, *aut dolo desiisti possidere*, indicantur in *d.* L. I. §. *quod ait prætor, aut dolo.* Nam quod illic ita verba sunt, *aut dolo desiit possidere*, in tertia persona scilicet, intelligendum est edicti verba referri, quo prætor pollicetur hoc interdictum generaliter adversus eum qui dolo desiit possidere. Sed vel hinc maxime idem interdicto caveri intelligimus: mutata tamen persona, ut interdictis mos est, quod interdictum dirigatur ad eum, cum quo ex interdicto agitur. Sic ex edicto interdicti verba intelligimus, et vice versa. Illa verba, *non ex voluntate ejus*, expressa sunt in *d.* L. I. §. *quod ait prætor*, non ex voluntate. His autem verbis, *ejus, ad quem ea res pertinet*, significantur heredes et bonorum possessores, et generaliter, qui in jus universum defuncto succedunt, L. *sciendum*, §. *ult. D. de verb. sign.* Unde intelligendum est, hoc interdictum et heredi et bonorum possessori competere. Adde, et heredibus, L. I. §. I. *D. eod.* quod et in L. *unica, hic*, confirmatur. Illa, si de eo tibi satisdatum est, indicantur in *d.* L. I. §. *pen.* ubi pro *nisi satisdatum est*, legendum est, *si satisdatum est*, ut apparet ex interpretatione Ulpiani, quæ sequitur, qui illa sic interpretatur, *si satisdatum perseveret.* Quod si legeremus, *nisi satisdatum sit*, sic interpretari debuit, *nisi satisdatum perseveret.* Et sane hoc interdictum competit heredi non hac conditione, si non satisdatum sit,

sed

sed si satisdatum sit. Illa autem, *aut per eum non stat*, exstant in L. *ult. D. eod. Id enim restituas*, indicantur in d. L. I. *in princ. et fere tota* L. I, *et* 2.

2 Sed † adversus hoc interdictum initio hoc occurrit, non videri dari debuisse heredi. Meminisse enim debemus ejus, quod ante dixi, legatarium rei legatæ a se occupatæ dominum esse. Unde etiam ita propositum est interdictum, ut placeat heredem, cum hoc interdicto nactus fuerit possessionem rerum occupatarum, tamen postea nihilominus eas restituere debere legatariis, *L.* I. §. I. D. *eod.* ut mox pluribus ostendemus. Hoc posito, videtur hoc interdictum aut iniquum esse, aut inutile: certe pugnare cum regulis manifesti juris, his de caussis. Primum legatarius ad legatum petendum actionem habet, utpote dominus, L. *in rem*, *D. de rei vindic.* Igitur multo magis possidens legatum retinendum actionem habebit, ex regula juris, L. *invitus*, §. I. *D. de regul. jur.* Deinde nulla est actio, nisi ei, cujus interest, præsertim in hoc interdicto, quod tantum ei datur, ad quem res legata pertinet. Nec in eo alia condemnatio est, nisi in id, quod heredis interest, L. *ult.* §. *ex hoc*, *D. eod.* At heredis nihil interest, rem legatam recipere, si res tota legatarii est, et eam acceptam heres cogitur legatariis restituere. Postrem hoc ipso, quod rem receptam legatariis restituere cogitur, dolo facit, si eam petit. Proinde et petens doli exceptione removeri potest, ut sunt regulæ juris, L. *dolus*, *D. de dol. mal. exc.* Et hæc ita se habere fatendum est, si heres et rem legatam esse agnoscat, et idem fateatur nihil supra dodrantem legatum esse. Nam in hanc rem cadunt ea, quæ supra objecimus. Sed si quid horum deest, æquissimum est, heredi interdictum ad res legatas occupatas restituendas dari: neque superiora adversantur. Primum tum huic dari æquum est, cum negat res occupatas legatas esse. Sic enim fit, ut petat res non alienas, sed suas: quæ ipsi reddi ob eam caussam ejus interest. Et quamvis fieri possit, ut res vere legatæ sint, tamen in hac incertitudine æquum est, legatarium rem ab herede petere, non ipsum sibi jus dicere: quod jura aversantur, L. *extat*, *D. quod met. causs.* Et hanc rationem hujus interdicti proponendi posuit Ulpianus in L. I. *in princ. D. eod.* Sed etsi heres fateatur, rem legatam esse, de qua hoc interdicto agitur, si tamen dicat supra dodrantem hereditatis legatum esse: æquissimum est, hoc interdictum dari ad rem restituendam, ac ne hic quidem superiora obstant, quæ objecimus. Nam quatenus supra dodrantem legatum est, eatenus res legata ad heredem pertinet ex lege Falcidia. L. I. L. *lineam*, *D. ad leg. Falcid.* Sic fit, ut heres rem legatam repetendo, eam repetat, quæ ipsius sit ex parte, et quam ipsi reddi hac ipsa de caussa ejus intersit. Et quamvis pars tantum ejus sit, tamen ejus interest rem totam legatam recipere, ut et ea recepta suo jure quartam retineat, quam ex lege Falcidia habere et retinere debet. Et † ob hanc quartæ retentio- 3
nem maxime comparatum esse hoc interdictum demonstratur L. *unica*, *hoc tit.* cujus est hæc sententia: *Herede instituto testator totam hereditatem legatis erogaverat.* Ita fiebat ex lege Falcidia, ut in singulis rebus legatis quarta portio ad heredem pertineret, *d.* L. I. *et* L. *lineam*, *D. ad leg. Fal.* Et quoniam ad heredem pertinebat, eveniebat hoc quoque, ut pertineret ad heredem heredis, quoniam heres in jus defuncti succedit, L. *heres*, *D. de acquir. hered.* Itaque si res jure et ordine gereretur, ita geri oportuit, ut res legatæ permitterentur heredi, ex quibus ille quartam partem ex lege Falcidia retineret, reliquum dodrantem legatariis restitueret. Sed legatarii sua auctoritate legata occuparant: quo fiebat, ut heres quartam retinere non posset ex iis rebus, quas non possidebat. Consulit heres, non an quartam de singulis rebus legatis petere possit, et consequi, de quo jus certum erat, sed quomodo eam quartam consequatur: fortasse enim rem vindicare volebat. Respondent Imperatores, heredi, cum supra dodrantem legatum est, satis prospectum esse lege Falcidia per quartæ retentionem. Quibus verbis significant, non esse necesse heredi ad quartam consequendam vindicationem instituere adversus legatarios, et ita judicii et probationis molestiam suscipere, cum ei per retentionem quartæ satis consultum sit. Non indiget actione, qui retentionem habet. Quod si objiciatur, heredem in proposito retentione uti non posse, cum res legatas non possideat: in promptu remedium est. Est enim paratum heredi interdictum. *Quod legatorum*, quo consequatur a legatariis, ut sibi res occupatæ restituantur: quibus restitutis, sic deinde competente ratione utetur. Hæc inquam, rescripti sententia est: qua declaratur, hoc interdictum comparatum esse, ut heres ex hoc interdicto possessione recuperata rerum legatarum, quartam ex lege Falcidia retineat. Ex quo duo colligimus notatu digna. Primum, si rem legatam esse constet, quam

quam legatarius occupavit, et fateatur heres supra dodrantem hereditatis legata relicta non esse, non esse huic interdicto locum, quia appareat nihil esse, quod heres restitutis rebus possit retinere. Et certe perspicuum est hoc casu illi obstare ea, quæ supra diximus: et quod ejus nihil interest, et quod dolo facit, qui petat, id quod constet illum statim restituere debere.

4 Alterum, † etsi legi Falcidiæ locus sit, tamen sic heredem recipere legatas res ex hoc interdicto, ut solum quartam possit retinere. Quo efficitur, eum reliquum legati legatariis debere restituere. Alioqui hic diceretur, eum totius rei legatæ retentione uti, non autem competentis partis sive quartæ. Non adversantur huic sententiæ ii loci, quibus scriptum est, legatarium, sive fideicommissarium, si rem sibi legatam subtraxerit, legati petitionem amittere, L. *non est dubium, sup. de legat.* L. *Paulus respondit*, *D. ad sen. Trebell.* Multum enim interest, utrum legatarius rem legatam occupet legatorum nomine, de quo genere hic agitur, et adversus quod hoc interdictum propositum est: L. 1. *in prin. D. eod.* an vero legatarius rem legatam subtrahat. Is rem occupat legatorum nomine, qui agnoscit rem sibi legatam, et pro tali tanquam suam occupat. Is ideo legati petitionem non admittit, quia ita occupandum legatum agnoscit, agnoscendo, et legatum et rei legatæ petitionem acquirit. Contra is rem legatam subtrahit, qui furatur: hoc enim subtrahere significat, §. *interdum etiam*, *et* §. *seq. Inst. de obl. quæ ex del. nas.* ac præcipue in hac specie rei legatæ subtractæ, subtrahendi verbum id significat, ut declaratur in *d.* L. *Paulus respondit*, *D. ad Trebell.* Porro is rem legatam furatur, sive subtrahit, qui tanquam alienam occupat, non suam, quoniam nemo rei suæ furtum facit, L. *merito*, *D. pro soc.* Id si ita est, non est mirum, si is, qui rem sibi legatam subtraxit, ejus rei petitionem amittere dicatur. Nam qui ita subtrahit legatum, repudiat; repudiando, una et legatum et legati petitionem amittit. Quod ita facile probabitur. Nam uti est hereditas, sic legatum. Hereditas adeundo sive agnoscendo nuda voluntate acquiritur, repudiando amittitur, L. *sicut, sup. de repud. hered.* Sic et legatum, L. *servum filii.* 44. §. 1. *L. si tibi homo.* 86. §. *cum servus*, *D. de legat.* 1. Hereditas repudiatur, sive recusatur non tantum verbis, sed re et facto quovis voluntatem repudiantis significante, *L. recusari*, *D. de acquir. hered.* In quo genere facti est, si heres extraneus rem aliquam hereditariam surripiat, ut significatur in L. *si quis extraneus*, *in princip. D. de acquir. hered.* ubi traditur, heredem, qui ita rem subtraxit, non videri pro herede gerere, quia admissum ejus contrariam voluntatem declaret. Contraria adeundi voluntati est voluntas repudiandi. Hæc voluntas superiore admisso declarari recte dicitur. Nam qui rem surripit, hoc facto declarat, se velle rem alienam esse, et pro tali se eam habere. Non potest id velle heres, nisi hereditatem repudiet. Idem igitur et in legatario rem legatariam surripiente probandum est. Ex quo intelligimus, quod dicitur in hac specie legatarium rei legatæ petitionem amittere, non esse jus ob id constitutum, ut furtum pœna afficiatur; sed esse jus ratiocinatione prudentum effectum, hinc natum, quod qui rem ita surripuisset, idem simul legatum repudiasset. Constare autem hoc jus responsis et auctoritate prudentium, declaratur in *dict.* L. *Paulus respondit*, *D. ad Trebellian.* illis verbis, *jure respondetur.*

Multo † minus superiori sententiæ adversantur illæ constitutiones, quæ damno rei occupatæ afficiunt eos, qui res invaserunt, ut L. *ult.* L. *si quis in tantam*, *inf. unde vi.* L. *extat*, *D. quod met. causs.* Nam L. *ult.* constituta est adversus eos, qui res alienas possessoribus vacuas invaserunt. Hic legatarius rem suam occupat, non alienam. Lex *si quis in tantam* pertinet ad eos, qui possessionem apud alios constitutam vi invadunt. Hic legatarius rem occupat, non quidem consentiente herede, sed tantum non vi; non denique ita, ut illi extorqueat: propterea quod hic agitur de rebus occupatis, quæ prius ab herede non possidebantur. Argumentum est, quod hoc interdictum. *Quod legatorum* proponitur heredi adipiscendæ possessionis caussa, L. 1. *in pr. D. eod.* idest, ejus acquirendæ, quam prius non habuit, §. *sequens*, *Instit. de interd.* L. *extat*, *D. quod met. caus.* Pertinet ad eos, qui rem sibi debitam a debitore possessam invito debitore occupant. Hic legatarius et rem occupat ab alio non possessam, ut jam dixi, et occupat suam, non sibi debitam. Ex his apparet, si forte heres jam ante rerum hereditariarum nactus esset possessionem, quam illæ a legatariis occuparentur, hoc interdictum heredi non competere ad recuperandam possessionem. Sed et illud apparet dicere nos, legatarios, si invito herede res occupassent, res legatas eo facto amisisse, quia vi possideant. Unde res incidat in pœnam, L. *si quis in tantam*, *inf. unde vi et* L. *extat*, *D. quod met. caus.* 5

AD TITU

AD TITULUM IV.

COD. UNDE VI.

SUMMARIA.

1. *Interdictum subaudiri ante verba hæc*, Unde vi *et unde appellatio nominis.* Unde vi *interdictum usitate dici: legi tamen et interdictum* De vi *pro eod. ibidem.*
2. *Collocationis hujus tituli ratio reddita.*
3. *Invasionum species quæ quibus constitutionibus hoc titulo vindicentur.*

1 His verbis † *unde vi*, significatur interdictum, quod *unde vi* appellatur in L. 1. §. *ex interdicto*, L. *neque*, L. *cum fundum*, §. *ult. D. eod.* §. *recuperandæ*, *Inst. de interd.* L. 4. *inf. hoc tit.* ut sit titulus, quasi ita dictum esset, *de interdicto unde vi*, quomodo et superiores inscriptiones accipi debent, et inferiores. Nomina ex initio interdictorum nata, ut supra dixi. Nam initium hujus interdicti ita fuit, *unde tu illum vi dejecisti*, L. 1. in pr. *D. eod.* Itaque rectius fortassis ad eundem modum legatur titulus ejusdem argumenti in Pandectis, restituaturque ita, *Unde vi*, *et de vi armata*: ut sit sensus, *de interdicto unde vi*, idest, vi privata, et *de interdicto de vi armata*, quæ et publica dicitur, §. *recuperandæ*, *Instit. de interdict.* Et sane interdictum *unde vi* sub eo titulo passim appellatur. Legimus tamen et interdictum *de vi* pro eodem in L. *si quis vi*, *D. de acq. poss.*

2 Est † hoc interdictum recuperandæ possessionis, *d.* §. *recuperandæ.* Ideo superioribus, quæ sunt adipiscendæ possessionis, subjicitur propter conjunctionem possessionis, quæ utroque genere interdictorum petitur. Petitur enim ea possessio, quam non habemus, petiturque eo, ut quod non possidemus, nobis restituatur: sic fit, ut utrumque genus et restitutorium sit, et quodammodo eandem petitionem habeat. Hoc eo monemus, quia alius ordo servatur in *Inst. sub. tit. de interdictis.* Nam interdicta adipiscendæ possessionis sequuntur interdicta possessionis retinendæ. Extremo loco proponitur id, quod est recuperandæ possessionis. Habet id quidem et suam defensionem: hoc enim ordine sequimur progressum naturalem possessionis, quippe natura prius est, ut possessionem acquiramus: proximum, ut quæsitam teneamus: tertium, ut cum cœperimus tenere, si amittamus, sic deinde de recuperanda cogitetur. Sed, ut dixi, conjunctio et similitudo possessionum et interdictorum hic spectata est, uti et in Pandectis. Est ergo hic titulus præcipue de interdicto *unde vi*, ut inscriptio indicat. Sed † monendi sumus titulum, seu 3
tractationem subjectam plus complecti. Et in summa hoc titulo prohibetur omnis injusta alienarum possessionum detentio, sive quis vi possessionem occupet, sive clam invadat, sive precario acceptam, aut ex locatione rem invito domino retineat. Itaque totidem sunt genera constitutionum, quæ ad unumquodque horum generum referuntur. Ad tertium genus injustæ detentionis pertinet *L. pen.* Ad secundum *L. meminerint, et L. ult.* Ad primum, reliquæ constitutiones, in quo genere de his agitur, qui vim intulerunt ad occupandas alienas possessiones, de quo dicere incipiemus ex L. 1.

Ad L.

Ad L. 1.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Theodoro.

Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illam vim propulsare licet. PP. Kal. Decemb. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Adversus vim remedia duo constituta. Vim vi propulsare licere.* ibidem.
2. *Vim concessam esse quæ propulset, quæ adhibeatur tuendi sui caussa, non etiam ulciscendi.*
3. *Propulsationis non est exspectare, dum quis pulsetur, sed ne pulsetur, prohibere.*
4. *Tuendi sui caussa quidquid fiat, quia jure fit, impunitum esse.*
5. *Vitiose, idest, vi, aut clam, aut precario possidenti non licere se adversus vim adversarii defendere: quia non licet impune: et quomodo id accidat.*
6. *Tutelæ inculpatæ moderamen requiri, et id quodnam sit.*
7. *Armis licere se defendere etiam adversus inermem, si invadentem nos aliter prohibere non possumus, ne ad nos perveniat.*
8. *Non esse contra moderamen inculpatæ tutelæ, si quis se defendat adversus invadentem, etsi alioqui potuerit fugiendo sibi consulere.*

SI quis alicujus rei possessionem obtinere vult, is jubetur judicio de ea re agere, vim ad rem occupandam facere prohibetur L. *extat*, *D. quod met. cau.* Ideo etiam adversus vim legibus prospectum est, ne frustra vis prohibeatur.

1 Adversus † vim duo sunt remedia jure constituta. Unum adversus vim, quæ infertur. Alterum adversus vim, quæ illata est. Adversus vim, quæ infertur, hoc remedium est, cautum hac lege, ut liceat vim vi defendere, propulsare nostra auctoritate, quod jus aliis multis locis proditum est. Ut *L. ut vim, D. de inst. et jur. L. scientiam*, §. *qui cum aliter*, *D. ad leg. Aquil.* L. 1. §. *vim vi; D. eod. L. 1. supr. quam lic. unic. si. in. se vind.* ubi et ratio hujus juris reddita est. Sed nusquam hoc jus melius constitutum, quam hac lege, ubi non tantum permittitur vim vi propulsare: quod fit superioribus locis: sed adjicitur, cui liceat, et præterea ad quem modum: quæ singula nobis expendenda sunt.

2 Primum id, quod permittitur, ajunt † Imperatores, *vim vi propulsare licere.* Propulsare est arcere a nobis, et prohibere, ne vis et injuria ad nos perveniat. Quo verbo admonemur, si quis rebus integris, cum vis infertur, neque dum illata est, hanc prohibet, hunc jure facere videri. Si quis autem vi illata et injuria jam accepta, cum novam injuriam non metuit, vim inferat adversario, veluti si fugientem persequatur, et ei noceat: hunc ad hanc definitionem non pertinere, quia non propulsandæ injuriæ caussa faciat, quæ jam accepta est, sed ulciscendæ. Tuitio et propulsatio permissa est; prohibitum, quidquid fit ulciscendi caussa. *d. L. scientiam*, §. *qui cum aliter*, *D. ad leg. Aquil.*

Eodem † verbo admonemur, falsum esse, 3
quod quidam censuerunt, quorum sententia in glossa refertur, eum, qui se recte tueatur vi, exspectare debere, ut prius pulsetur ab adversario, argumento sumpto ex L. *si ex plagis*, §. 1. *D. ad leg. Aquil.* Qui exspectat, ut pulsetur, is injuriam et vim admittit, non propulsat. Nunc autem propulsare illi permittitur. Ergo et illud non admittere, ut pulsetur. Jam et in hac permissione expendendum est, quid valeat, quod dicitur licere propulsare: nempe ut liceat jure, et omni jure, ut dicitur in *d.* L. *ult. vim*, *D. de just. et jur. in d.* L. *scientiam*, §. *qui cum aliter.*

Ergo † etiam hoc dicitur, quicquid fit 4
propulsandi caussa, impunitum esse. Quod fit jure permittente, pœnam non meretur, ut est in L. *Gracchus*, *inf. ad leg. Jul. adult.* Hinc intelligimus, si quis, cum invaderetur ejus possessio, vim vi repulerit, neque eum vi possidere videri, neque eo nomine adversario teneri ullo interdicto. Præterea si quid damni eo facto adversario dederit, atque adeo si eum occiderit, impune esse, ut neque teneatur lege Aquilia de damno dato, neque lege Cornelia de sicariis. L. *itaque et* L. *seq. et d.* L. *scientiam*, §. *qui cum aliter*, *D. ad leg. Aquil.*

Sed

Sed permittitur hoc duabus conditionibus, quæ hic expressæ sunt.

5 Primum † permittitur ad defendendam possessionem vim vi propulsare: sed recte possidenti, et, ut adjicitur, ei, qui sine vitio possidet. Is recte possidet, qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidet. Contra non recte, sed vitiose is, qui ab adversario possidet aut vi, aut clam, aut precario. *L. in fin. et L. seq. D. uti poss.* id est, qui aut adversarium vi expulit, aut illo ignorante possessionem recuperavit, aut qui precario, id est, precibus ab illo impetravit, ut sibi possidere liceret, et domino reposcenti rem non reddit, ut hæc verba interpretatur Justinianus in *§. sed interdicto, Inst. de interd.* Ergo hoc dicitur, eum recte vim vi propulsare, qui aut omnino nec vi, nec clam, nec precario possidet, aut ita possidet, ut saltem non possideat ab adversario. Quod autem dicimus ei, qui ita possidet, licere vim adversarii propulsare, eo spectat, ut intelligatur, si constiterit jure eum fecisse: fecisse et impune. Proinde et eo nomine adversario nulla actione teneri. Contra vero si quis secus possideat ab adversario: ei non licere adversarii vim propulsare, exemplo interdicti *uti possidetis.* In quo, cum prætor polliceatur se eum tuiturum in possessione, qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidet: ex eo omnes juris auctores collegerunt, eum non defendi a prætore, qui non recte ab adversario possideat, id est, possideat aut vi, aut clam, aut precario ab adversario, *dict. L. 1. §. ult. D. uti poss.* Quod et nobis in hac constitutione intelligendum est. Ideo autem dicitur ei, qui vi, aut clam, aut precario ab adversario possidet, non licere se adversus vim adversarii defendere, quia impune non licet. Nam si prius adversarium vi dejecerat: non efficiet sua defensione posteriore, quo minus illi interdicto *unde vi* teneatur, ut prius. Si adversario ignorante possessionem occupaverat, deinde venientem vi repellat, aut certe non admittat; jam incipit vi possidere, non clam, *L. clam possidere, in fin. D. de acquir. poss.* Quo fit, ut jam incipiat adversario teneri interdicto *unde vi*, tanquam illo dejecto, hoc ipso, quod admissus non sit in suam possessionem. *L. cum fundum, D. unde vi.* Idem probandum est in eo, qui cum fundum precario accepisset ab adversario: reposcenti non reddit, seu venientem in possessionem non admittit. Sic enim eum quoque dejicere intelligitur, incipitque similiter ei interdicto *unde vi* teneri. *d. L. cum fundum, D. eod.*

Altera † cautio est, hoc rescripto expressa, 6
ut vis propulsetur ad moderamen inculpatæ tutelæ, idest, ita, ut quidquid tuendi nostri caussa factum est, et vis illatæ propulsandæ; in eo tutela sit inculpata. Inculpatam intelligimus eandem, quæ innoxia dicitur in dicta *L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.* Cum autem innoxia definiatur eo loco, cum aliter tueri nos non potuimus adversus vim, aut injuriam; quæ inferebatur, quam id faciendo, quod fecimus: intelligere debemus eandem quoque definitionem esse ejus tutelæ, quam hic inculpatam appellamus. Utrum quis aliter se tueri non potuerit, quam id faciendo, quod fecit, partim ex personis, partim ex loco æstimandum est. Ex personis hoc modo: nam si is puer est, aut imbecillis, qui vim infert, is autem, cui infertur, vir et robustus: hic neque gladium stringere debuit, neque ullis armis invadentem petere, cum licuerit negligere præsentem. Ex loco ita, si quis cum pro foribus suis staret, potuerit adversarium minitantem et ad se pergentem arcere occluso ostio ædium suarum, maluerit autem adversario suo coram resistere. Eodem modo cum ex ædibus videret adversarium sibi minitantem, aut se provocantem ad certamen, non servavit moderamen inculpatæ tutelæ si quid in illum misit, aut si in animum induxit descendere, et cum adversario digladiari: nam utroque modo satis septis ædium suarum defendebatur: ut si quid præterea fecerit, intelligatur non tuendi sui caussa fecisse, quod necesse non erat, sed ulciscendi. Quod si cum domi esset, adversarii irruptionem in ædes faciebant, aut scalis admotis murum pervadere conabantur: jure facit, si ad adversarios deturbandos et propellendos omnibus armis utitur, quibus deturbari cominus, et propelli possunt. Similiter si quis nudus in agro adversarium, aut parem viribus aut superiorem vidit ad se venientem cum minis, primum se verbis tueri debet, denuntians adversario, ne accedat, se non passurum, ut accedat. Si his verbis nihil proficit, licet adversarium submovere omnibus missilibus, quibus homines a nobis arceri possunt. Id lapide fieri posse indicatur in dicta *L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.* Quare et aliis telis potest, potest et ense, non ut illum impetat, se ut ensem venienti opponat.

Unde † intelligimus, id quoque falsum 7
esse, quod in glossa positum est, ad moderationem inculpatæ tutelæ non posse nos armis uti, nisi armis impetamur. Si sine armis adversarium invadentem prohibere non pos-

possumus, ne ad nos perveniat, recte armis utimur, cum aliter nos tueri non possumus. Non obstat, quod dicitur, arma armis repellere licere. L. 1. §. *vim vi*, L. 3. §. *eum igitur*, D. *eod.* Non enim hoc ita dicitur, quia adversus inermem non liceat omnino nos armis defendere, si quid ad tutelam necesse sit, sed quia non semper licet. Non enim semper est necesse; cæterum adversus arma semper armis uti licet.

8 Ex † his quæsitum est, si quis adversus vim, quæ infertur, fuga sibi consulere potuit, et nihilominus restitit, an videatur moderationem inculpatæ tutelæ excessisse. Movet, quod aliter sibi consulere potuit, quam resistendo, ut sic non videatur ad superiorem definitionem pertinere. Sed non dubium est ex hac lege, quin jure faciat, qui non fugit. Perspicuum est enim hic permitti propulsare vim ad defendendam possessionem. Non defendit autem possessionem, qui deserta possessione fugit. Permittitur igitur possessione et loco suo consistere, et ibi vim propulsare. Nihil ad rem pertinet, quod potuit adversus vim se tueri aliter, quam resistendo, nempe fugiendo. Hoc enim vere dicitur, si de persona tantum tuenda agatur, cui fuga consulere possumus. Sed si de loco etiam tuendo agitur, hunc tueri, nisi in eo consistendo, non possumus. Nunc autem hac lege potestas fit et porsonæ nostræ, et loci, quem jure obtinemus, tuendi.

Ad L. Vi pulsos. 2.

Iidem AA. et CC. Alexandro.

Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si nec tum utilis annus excessit, certissimi juris est: et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit. S. AA. Coss.

Ad L. Auctoritatem. 3.

Iidem. AA. et CC. Ulpiæ. et Proculinæ.

Auctoritatem vobis rescripti nostri tenendæ possessionis, quam vos per violentiam adeptam profitemini, accommodari nimis improbe postulatis S. VIII. Id. April. CC. Coss.

Ad. L. Si de possessione. 4.

Iidem AA. et CC. Hygino.

Si de possessione vi dejectus es; eum et lege Julia vis privatæ reum postulare, et ad instar interdicti *Unde vi*, convenire potes, quo reum caussam omnem præstare oportet: in qua fructus etiam quos vetus possessor percipere potuit, non tantum quos prædo percepit, venire non ambigitur. S. VI. Id. April. Sirmii CC. Coss.

Ad L.

Ad L. Invasor. 5.

Imp. Constantinus A. ad Tertullianum.

Invasor locorum pæna teneatur legitima: si tamen vi loca eadem invasisse constiterit: nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine pœna possessio restitui debet. Dat. VI. Kalend. Maji. Gallicano et Symmacho Coss.

SUMMARIA.

1. *Adversus vim illatam quæ remedia jure prodita.*
2. *interdictum* unde vi *competere solum vi dejecto, et dejici solum, qui ante vero possederit.*
3. *Interdictum* unde vi *solum intra annum utilem non continuum datur, quis annus utilis, quis continuus.*
4. *Interdictum* unde vi *adversus quos.*
5. *Cujus rei gratia.*
6. *Prædonem rebus peremptis non secus, atque exstantibus interdicto* unde vi *teneri.*
7. *Dubitatum an idem sit, si res intra tempora judicati perierint: et idem esse.*
8. *Condemnatum, qui ante sententiam moram fecit, etiam intra tempora judicati moram facere perseverare.*
9. *Quod dicitur, nullam ibi moram fieri, ubi propter exceptionem peti non potest, ad exceptionem dilatoriam judicati non pertinere.*
10. *Condemnati in quadruplum, triplum, aut duplum, singulare jus esse, ut re principali intra tempus judicati perempta, ejus rei nomine liberentur.*
11. *Quid, si res eodem modo apud actorem peritura fuerit?*
12. *Interdictum* unde vi *pœnale esse, eoque nec ultra annum, neque in heredes dari.*
13. *Quomodo probari possint res, quæ ibi fuerunt, unde quis dejectus est.*
14. *Fructus in hoc interdictum venire, et qui.*
15. *Eum, qui dejectus est, ex interdicto sine ulla exceptione restituendum.*

1 ADversus † vim, quæ nobis facta est, qua de possessione dejecti sumus, non non vi agitur, ut supra, ad recuperandam possessionem, quam amisimus, sed idoneis judiciis ad eam rem vindicandam constitutis: quod genus remedii alterum est, quod adversus vim propositum esse supra ad L. 1. diximus. Estque id remedium ordinarii juris, quo de rebus ad nos pertinentibus licet tantum judicio experiri. L. *negantes, sup. de obl. et act.* L. 1. *supr. de exsec. rei judic.* De vi agitur et criminaliter, et civiliter. Criminaliter accusatione, et pœna constituta lege Julia tam de vi publica, idest, armata, quam de vi privata, idest, ea, quæ fit sine armis, ut judicatur in L. 4. *hic*, de quibus legibus est cautum in §. *item ex Julia D. de vi publica, Inst. de publ. jud.* item *D. et C. ad L. Iul. de vi publ. et privat.* Civiliter, cum de re pecuniaria agitur, judiciis in eam rem constitutis, partim ex edicto prætoris, partim ex constitutionibus. Ex edicto prætoris est interdictum *unde vi*, de quo est inscriptio hujus tituli. Interdictum proponitur L. 1. *in pr. D. eod.* Nunc loco interdicti agitur actionibus civilibus, ut declaratur in L. 2. *et d.* L. 4. *hic*, qua de re diximus ad L. *pen. et ult. supr. de interd.* Ex constitutionibus actio est condictio ex lege, ex L. *si quis in tantam, infr. hoc tit.* Natura interdicti *unde vi*, sive ejus actionis. qua loco interdicti utimur, declaratur maxime his quatuor rescriptis *seqq.* quæ ob eam caussam conjungi oportet. Hujus interdicti natura quatuor his in locis spectatur, qui nobis in his rescriptis observandi sunt: Cui detur, Intra quod tempus, Adversus quos, Tum cujus rei gratia.

Datur † ei, qui vi dejectus est, L. 1. §. 1. D. *eod.* L. 2. *in prin.* L. 4. *in pr. hic.* 2
Hoc verbo, *dejectus*, tacite continetur, non ad alium pertinere hoc interdictum, quam qui ex eo loco pulsus est, quem prius possidebat vel naturaliter, id est, tanquam prædo; vel civiliter, idest, juste. Horum enim uterque tenet rem animo dominantis. Is autem dejici intelligitur, qui ita possidet, L. §. *dejicitur*, §. *interdictum autem*, D. *eod.* Proinde cum colonus, aut inquilinus non possideat, si vel ille de agro, vel hic dejiciatur de ædibus, hoc interdicto non utuntur: non quod impunitum sit, si isti dejiciantur; sed quia ex hac dejectione interdictum ipsis dominis competit, non colono, aut inquilino, *d.* L. 1. §. *dejicitur, et L. ult.* D. *eod.* Quippe domini per colonum, aut inquilinum pos-

possident, §. *possidere*, *Instit. de interd.* Ita fit, ut istis dejectis in ipsorum persona videantur domini dejici. Hoc eodem ex verbo intelligimus, non competere hoc interdictum, nisi ei, qui de rebus soli dejectus est: rebus autem mobilibus ereptis, huic interdicto locum non esse, L. 1. §. 2. *et seq. D. eod.* Non enim dejicitur de loco, nisi qui in loco consistit. Non consistimus autem, nisi in re, quæ non movetur.

Non est satis, quem dejectum esse, ut sit interdicto locus: vi dejectum esse oportet. Sic enim verba sunt interdicti, *unde vi tu illum dejecisti*, L. 1. *in pr. et* §. 2. D. *eod.* Idem expresse in L. 2. *et* 4. *in pr. hic.* Huc referri debet L. *invasor*, *infr. hoc tit.* ubi cavetur, ne invasor aliter teneatur pœna legitima, quam si vi invaserit: quia scilicet olim non adversus alios pœna legitima fuit constituta, sive intelligatur vindicta criminis, sive pœna privata, quam persequamur interdicto *unde vi.* Hodie secus est in specie L. *ult. infr. hoc tit.* Sed id jus postea secutum est, quo *et* L. *invasor*, et priora jura immutantur, ut illic dicemus.

3 Datur † hoc interdictum intra annum, et eum utilem, L. 1. *in pr. et* §. *annus*, D. *eod.* L. 2. *hic.* Annus utilis opponitur continuo, L. *ult. supr. de dol.* Uterque annus dicitur, quia constat trecentis sexaginta quinque diebus, ut est anni dimensio, L. *anniculus non statim*, D. *de verb. sign.* Hoc interest, quod continuus superioribus diebus constat continuis; utilis constat solum utilibus, intellige, ad agendum, idest, iis, quibus actor experiundi cum adversario potestatem habet, quod explicatur in L. 1. D. *de diver. tem. præs.* Unde in edictis prætores hunc annum ita circumlocutione efferre solebant: intra annum, quo primum experiundi potestas erit, ut patet ex his locis, L. 1. *in fin.* D. *ex quib. caus. maj.* juncta L. *ult. supr. de temp. in integ. rest. et* L. 4. D. *de vi bon. rap.* L. 1. D. *de incen. ruin. nauf.* Sed intra annum tantum datur hoc interdictum de iis rebus, quæ ad invasorem non pervenerunt; de iis, quæ pervenerunt, actio perpetua L. 1. *in pr.* D. *eod.* Hæc in actionibus prætoriis definitio tradita in L. *in honorariis*, D. *de obl. et act.*

4 Datur † interdictum adversus eum, qui ipse, aut cujus familia dejecit, ut est interdicto expressum, et declaratur in L. 1. §. *ait prætor*, D. *eod.* Quis dejecisse intelligatur, explicatur in *d.* L. 1. §. *ait prætor*, *D. eod.* Datur præterea et adversus heredes ejus, qui vi dejecit, sed quatenus ad eos pervenit ut traditur in L. 1. §. *ult. et L.* 2. *ibidem.* Unde intelligimus, si quid ad heredes non pervenit, eos hoc interdicto non teneri: scilicet quia hoc interdictum pœnale est, ut ex restitutione interdicti intelligitur. Ita pertinet ad eam regulam juris, qua efficitur, ex maleficiis pœnales actiones in heredes non dari, §. 1. *Inst. de per. et tem. act.* Sed si quid ad eos pervenit ex maleficio, teneantur. Placuit enim semper injusta lucra heredibus extorqueri, *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *et* 4. *in princ. D. eod. L. in heredem, D. de calum.*

Datum † interdictum hujus rei gratia, ut quid amissum est, dejecto restituatur, L. 1. §. *non solum*, *D. eod.* Quod his verbis expressum est in *L.* 4. *hoc tit.* ut dicatur ei, qui dejectus est, *caussam omnem* præstari oportere: id enim verbo *caussæ* significatur, ut declaratur, *d.* §. *non solum.* Hac restitutione tria continentur. Primum res ipsa, a qua dejecti sumus, ut restituatur, §. *recuperandæ*, *Inst. de inter.* Secundo loco omnia, quæ *ibi* fuerunt, cum dejiciebamur. *Ibi*, idest, in toto eo fundo, et totis ædibus, unde dejecti sumus, *L.* 1. *in princ. et* §. *ibi*, *D. eod.* Quid † ergo, si ista, quæ ibi fuerunt, postea perierint? Placet eum, qui dejecit, teneri nihilominus earum rerum nomine, L. 1. §. *rectissime*, *D. eod.* hac ratione; quod ut fur, sic prædo ex ipso tempore delicti moram facere, atque adeo plusquam frustrator debitor esse intelligitur. L. *pen. D. eod. L. in re*, §. 1. *L. ult.* D. *de con. fur.* Est autem certi juris constitutio, moram perpetuare obligationem, et quod idem est, si res debita post moram perierit, debitoris detrimentum esse, ut non aliter teneatur perpetuo, quam si res exstaret, *L. si servum*, 91. §. *sequitur.* L. *si ex legati*, 23. L. *nemo*, 82. §. 1. *D. de verbor. obl.* L. *quod te*, D. *si cert. petat.* Quid † si, postquam is qui dejecit, condemnatus est, res perierit intra tempora judicati actionis, an ne sic quidem reus liberabitur? Nascitur hinc dubitatio. Quia enim perpetuo moram facit invasor, ideo consequens est superioribus eum perpetuo teneri: idque ita scriptum in *d.* L. *ult.* D. *unde vi.* Rursum videtur tradi in L. *si cum exceptione*, §. *quid si homo*, *et seq.* D. *quod met. causs.* reum in hac specie liberari. Quem tractatum, quia ad moræ periculum pertinet, licebit iis, quæ de mora alibi scripsimus, adjicere. Sunt, qui putent, re intra tempora judicati perempta, quod sine dolo malo et culpa debitoris factum sit, debitorem liberari, etiamsi hoc interdicto teneatur. Nam si hoc de eo di-

dictum est, qui actione, *quod metus caussa*, tenebatur, in *d. L. item si cum*, §. *quid si homo*, *D. quod met. causs.* par est idem et in hoc interdicto admitti, cum utrumque judicium ex vi et maleficio nascatur. Sed quid hic argumentis est opus, cum ibidem in extremo ista judicia in hac specie comparentur? Nec caret hæc sententia defensione. Constat enim, si res perierit, cum debitor in mora non esset, eum liberari, L. *si ex legati*, *D. de verbor. obl.* L. *quod te*, *D. si cer. pet.* Nunc autem tempore judicatis ad solvendum constituto, intra id tempus debitor moram facere, non videtur. Nam sic est alia regula juris: non videri in mora esse eum a quo propter exceptionem peti non potest. L. *lecta*, ver. *pen. D. si cert. pet.* L. *nulla*, D. *de regul. jur.* Ego autem puto verissime dici, eum, qui ante rem judicatam teneretur re perempta; multo magis condemnatum teneri oportere, quanvis res intra tempora judicati perierit. Non enim utique qui ante sententiam tenebatur, liberatur condemnatione, sed magis teneri incipit: siquidem pro una actione duæ fiunt. Nam et vetus manet et nova nascitur judicati. Denique juxta regulam juris, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt, quam si non esset; sed melior. L. *non solet*, L. *nemo enim*, *seq. D. de reg. jur.* Nec ad rem pertinet, quod judicato tempus legitimum ad solvendum datum est. Nam hæc intercapedo debitori dilationem dare, non etiam lucrum adferre debet, ut est sententia Papiniani in L. 3. 1. *res.* D. *de usur.* Afferret autem lucrum, si eum, qui prius
8 tenebatur, liberaret re perempta. Neque † moveri debemus, quod re ante moram perempta, debitor liberetur. Nam et hoc in hac specie admittendum est. Sed intelligendum est eum, qui ante rem judicatam moram faciebat, condemnatum multo magis facere, quamvis intra tempora judicati. Quisquis enim moram facere cœpit, is facere non desinit, nisi purgata mora. Non purgat autem, nisi qui rem debitam offert. L. *si servum*, §. *sequitur*, L. *interdum*, §. *ult.* D. *de verb. obl.* neque offert, qui ideo dilatione utitur, ne offerat. Quaré condemnatus moram facere, ut prius, non desinit. Sic fit, ut juxta eandem regulam, re perempta, nihilominus teneatur.

9 Nam † quod dicitur eum moram non facere, a quo propter exceptionem peti non potest, ad cæteras omnes exceptiones pertinet; ad exceptionem judicati dilationis non pertinet: non enim hæc ideo reo datur, quod in præsentia non debeat, sed quod cum debeat statim, tamen hoc spatium humanitatis caussa illi indulgetur, ut est in *L. si cum militi*, §. *ult. D. de com.* beneficia humanitatis caussa in alterius injuriam concedi non solent. L. *nec avus*, *infr. de emancipat. lib.* Ex quo est illud superius Papiniani, legitimum judicati faciendi tempus reo dilationem dare, non lucrum adferre consuesse. Multo minus adversatur huic sententiæ exemplum actionis, *Quod metus caussa*, in qua diximus condemnatum re intra tempora judicati perempta ab ejus præstatione relaxari. *d.* L. *item si cum*, §. *quid si homo*, *D. quod met. cau.*

Nam † singulari ratione in eo judicio re- 10
ceptum est, ut Ulpianus diserte illic ostendit. Id fieri nominatim ait, non quod res perierit intra tempora judicati, sed quod propter facinus debitor tripli pœna satisfacere cogatur, qua pœna creditori abunde satisfactum est. Loquitur enim Ulpianus de eo, qui rem metu extortam restituere jussus, cum arbitrio non pareret, in quadruplum condemnatus est, ut est vis et potestas illius judicii. Qua ex ratione perspicuum est recte colligi, quibus in judiciis præter rem, quæ actori abest, non condemnatur reus in triplum, aut duplum, eum re debita perempta non liberari, ne res sua creditori pereat, cui aliunde non satisfit.

Quæritur † amplius hoc loco: quid enim 11
si res, quæ periit, eodem modo apud actorem peritura fuerit, an nihilominus reus invasor eo nomine tenebitur? Quæstio ex eo, quod duobus locis scriptum est, cum apud actorem eodem modo res peritura esset, debitorem liberari, si sine dolo et culpa ejus perierit. L. *item si cum*, §. *quid si homo*, *in fi.* D. *quod met. cau.* L. *si plures*, §. *ult.* D. *depositi.* Contra aliis locis, et si res natura perierit, veluti morte, quæ vitari non potuit, nihilominus debitorem teneri, si res post moram perierit. L. *item si verberatum*, §. *ult.* D. *de rei vind.* L. *cum res.* §. *ult.* D. *de* L. 1. De quo cum scripserim jam olim in commentario de mora, et pluribus ad L. *si ex legati*, D. *de verb. obl.* ne actum agam, inde peti jubebo.

Illuc † redeo, eum, qui vi alium de fun- 12
do, aut alio loco dejecit, teneri earum omnium rerum nomine, quæ ibi fuerunt, tam quæ ad eum non pervenerunt, quam quæ pervenerunt, et non exstant. Inde apparet, hoc quoque interdictum pœnam continere. *arg. in* L. 1. §. *si plures*, D. *de eo per quem fact. erit.* Quam ob caussam hoc inter-

terdictum neque perpetuo, neque in heredes dari, supra suis locis diximus.

13 Sed † cum dicamus omnia restituenda esse, quæ ibi fuerunt, unde quis dejectus est: exsistit hoc loco illa difficultas, quomodo probari possit, quæ res ibi fuerint. Non enim videtur facile posse: ubi quis scilicet repente dejectus est, neque ad cognitionem earum rerum testes adhiberi potuerunt, ut res videatur propemodum eo redire, quasi reus de iis rebus nec teneatur. Sed adversus hanc difficultatem remedium comparatum est, de quo in L. *si quando inf. hoc. tit.* Tertium
14 † continetur superiore restitutione, positum in iis rebus, quæ non fuerunt tunc, cum quis dejectus est; hi sunt fructus, de quibus in L. 4. *hic.* Percepti primum, etiamsi inhoneste percepti sint. L. *ancillarum*, *in fin.* D. *de pet. her.* Deinde et qui percipi potuerunt, dommodo honeste. L. *fructus*, D. *de rei vin.* L. *generaliter*, D. *de usur.* In quo si quæritur, utrum spectari oporteat, a quo fructus percipi potuit, eumne, qui dejecerit, an eum, qui dejectus est: certa regula utimur, spectari debere actorem, seu cum fructum, qui percipi ab actore potuerit, ut est in L. 4. *hic.* L. *si navis*, §. *ult.* D. *de rei vind.*

Atque hæc vis et potestas est interdicti *unde vi.* Sed † an, qui hoc interdicto tenetur, nulla exceptione et defensione tueri se potest, quo minus ea restituat, quæ supra diximus? Et placet nulla uti posse. §. *recuperandæ*, *Inst. de interd.* Id esse interpretor, quod dicitur in L. *momentariæ*, *inf. hoc tit.* interdictum *unde vi* mox audiri debere, ut illic pluribus exponemus. Quod si verum est, apparet eum, qui vi alium de possessione dejecit, sibi possessionem jure defendere non posse: cum sit adversus eum interdictum, quo rem sine exceptione restituere cogatur. Quod est æquissimum, tum ut vis prohibeatur, tum ut is, qui malo more dejectus, primo quoque tempore in integrum restituatur. L. 1. §. 1. D. *eod.* hinc pendet. L. 3. *hoc loco.* 15

Ad L. Meminerit. 6.

Impp. Grat. Valentinian. et Theod. AAA. Potito P. V.

Meminerint cuncti, sive vulgato rescripto mansuetudinis nostræ sive sententia cujuslibet judicis utantur in caussis, conveniendos dominos locorum esse: aut si forte defuerint, eorum actores ad insinuandas sententias, procuratoresque esse quærendos, ne inde injuriarum nascatur occasio, unde jura nascuntur. Quod si præcepta nostra implere neglexerint, omni negotio, de quo jurgare cæperant, privabuntur.

§. Sin autem habito plerumque colludio, curatores vel tutores minorum his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis vel adultis jurgandi copia et fructus adimatur: his eatenus subvenimus, ut eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienæ: Sed illico quidem possessio ei, a quo est ablata, reddatur: Curatores autem, vel tutores æterna deportatione punitos, bonorum quoque publicatio persequatur. Dat. IX. April. Antonino et Syagrio Coss.

S U M M A R I A.

1. *Sententia hujus legis.*
2. *Hæc lex quid adjiciat decreto D. Marci, quod exstat in* L. extat, D. quod met. cau.
   Vulgato rescripto Principis, et sententia judicis uti, *quid sit in principio hujus legis: et quid vulgatum rescriptum. ibidem.*
3. Inde injuriarum occasionem nasci non debere, unde jura nascuntur, *quam sententiam habeat, et quid in hac lege ad rem pertineat hæc ratio.*
4. Colludium, collusio, *quid, et quam in tutoribus ac curatoribus de rebus ad minores pertinentibus coercenda.*

QUi rem alienam sine vi, sua auctoritate tamen invaserunt, adversus eos duæ sunt hoc titulo constitutiones. Una adversus eos, qui rem alienam non sibi debitam, possessoribus vacuam occuparunt: ea est L. *ult. inf.*

Alte-

1 Altera † adversus eos, qui rem alienam sibi debitam et a dominis possessam, ignorantibus dominis occupant: ea est hoc loco, cujus hæc est sententia. Qui rem sibi debitam sine vi, sua tamen auctoritate, non conventis et consentientibus iis, ad quos ea res pertinet, occupavit: is jus crediti amittit, etiamsi in ea caussa aut rescripto principis utatur, aut alicujus judicis sententia. Si tutores, aut curatores minorum rem minoribus debitam eodem modo occuparint, collusione cum adversariis interposita, ut eo facto minores jure suo exciderent: id factum minoribus non nocebit, tantumque hi hactenus tenebuntur, ut quod inde ad eos pervenerit, restituant. Tutores autem et curatores ita coercentur, non ut jus crediti amittant, quod nullum habuerunt; sed ut propter improbam collusionem in necem minorum instructam deportentur, et simul eorum bona publicentur. Agi hac constitutione de re, quam quis sibi debitam occupavit, intelligimus ex posteriore parte constitutionis, ubi pœna constituitur adversus tutores et curatores, qui rem minoribus debitam invaserunt. Nam initium ab extremo non distinguitur rebus occupatis, sed personis occupantium. Initio enim agitur de iis, qui sibi occupant. In extremo de iis, qui occupant nomine minorum. Pertinere constitutionem ad eos, qui rem occupant sine vi, non conventis iis, ad quos ea res pertinet, illa verba declarant, *conveniendos dominos locorum esse*, et quæ sequuntur. Hanc autem pœnam constitui, ut qui ita rem occupavit, jus crediti amittat, illa verba satis aperte significant, quibus cavetur, *ut qui præceptum hujus legis implere neglexerint*, *omni negotio*, *de quo jurgare cœperant*, *priventur*. Hæc enim verba plane idem exprimunt.

2 Ergo † initio hujus constitutionis confirmatur vetus illud decretum D. Marci, quo jus supra a nobis comprehensum constitutum est, exstatque in *L. exstat*, *D. quod met. cau.* Neque ideo hæc constitutio otiosa est. Nam duo eadem hæc constitutione adjiciuntur: unum confirmandi illius decreti caussa, alterum augendi. Primum hoc adjicitur, eum qui, uti supra scriptum est, rem sibi debitam occupaverit, jus crediti amittere; etiamsi in ea caussa ad repetitionem et persecutionem rei suæ utatur vulgato rescripto principis, atque adeo alicujus sententia. Sensus est, nihil prodesse ei, si principem de jure suo consuluerit, et rescriptum retulerit, quo princeps respondebat, eum rem sibi debitam recepturum. Quod rescriptum hic vulgatum appellatur, quia vulgatum et usitatum erat litigatoribus principem de jure suo consulere: ac consulentibus reddebantur hujusmodi rescripta: qualia sunt ea, quibus hinc totus Codex est refertus. Adde nihil ei prodesse, si cum adversario egerit, et adversarius sit condemnatus de re debita præstanda, restituendave. Quorum tamen utrumque contra existimari poterat. Nam is certo jure uti videtur, qui auctoritate principis utitur, cum principis sit jus constituere. L. 1. D. *de const. princ.* Ei autem, qui jam adversarium suum condemnavit, nihil videtur deesse ad juris sui certitudinem, atque adeo persecutionem. Utrumque hac constitutione removetur, et merito: quia princeps rescripto suo de jure respondet: relinquitur facti quæstio, cujus disceptatio et exsecutio per judicem transigitur. Et cum princeps rescribit, *rem tibi debitam recipies*, hoc sic accipitur, *recipies eo modo*, *quo oportet*, *sive consueto jure recipies.* Est autem usitata ratio juris nostri tuendi, ut judicio agatur, vis absit, *d.* L. *extat*, D. *quod met. cau.* L. *negantes*, *sup. de ob. et act.* Et quod ad sententiam attinet, etiam post sententiam deest exsecutio rei judicatæ, quæ non privatis, sed judici permittitur; ad quam obtinendam nihil amplius tribuitur litigatori, qui sententiam obtinuit, quam actio judicati. L. *miles in fin.* D. *de re jud.* Hæc est illa actio, per quam in hac constitutione jubentur conveniri domini rerum, aut dominorum actores, procuratoresve. Cæterum qui litigator contempta judicati actione sua auctoritate aut rem, de qua agitur, occupat, aut pignora capit, aut capta distrahit, is perinde tenetur, quasi nullam sententiam obtinuisset. *d.* L. *miles*, §. *qui judicati*, D. *de re jud.*

Cujus † ratio hæc reddita est hac constitutione, quod non debeat injuriarum occasio inde nasci, unde jura nascuntur. Porro ex responsione principis, omnique sententia judicis jura nascuntur. Sunt enim ista comparata, ut jus, quod est de re quaque, declaretur, et constituatur, ut secundum ea jus nostrum nobis obtinere liceat. Non debet igitur ex his nasci injuria. Est autem genus injuriæ, id est, ejus, quod contra jus fiat, vim adhibere, et sibi in sua re jus dicere, *d.* L. *extat*, D. *quod met. causs.* Proinde hoc genus vis et injuriæ ex superioribus rebus nasci non debet. Hoc igitur primum est, quod hac constitutione adjectum est ad confirmationem ejus decreti, de quo supra diximus. 3

Etiam alterum adjectum est, quod est, in pœ-

pœna adversus tutores et curatores constituta, qui rem minoribus debitam colludio habito, ut lex loquitur, occuparunt.

4 Colludium † collusio est. Colludere is dicitur, qui simulat se adversarium aliquo facto se oppugnare, ut sibi vel aliis consulat: revera autem consilio inito cum adversariis id agit, ut eos oppugnet quibus consulere velle videbatur, adversariis autem maxime consulat. L. *si perlusorio*, D. *de appel.* L. *si suspecta*, *in pr.* D. *de inof. test.* Ut in hoc facto tutorum accidit, qui res minoribus debitas invadentes, simulant se aliquid adversariis velle eripere, quod ad minores transferant, revera autem id agunt, ut hoc delicto minores rebus suis cadant, et sic ad veteres possessores transferantur, iisque confirmentur. Hoc genus est delicti, quod hac constitutione coercetur. Est enim in eo singulare improbitatis genus. Primum, quod tutores, vel curatores minores fidei et tutelæ suæ commissos nefarie produnt. Deinde ad id factum adhibent collusionem cum adversariis, scilicet cum maxime fraudant, id agentes, ut boni viri videantur. Quo genere injustitiæ nullam esse detestabiliorem præclare a Cicerone scriptum est *lib.* 1. *Offi.* Ex quo intelligere licet, tutores, aut curatores si in re minorum invadenda nullam talem collusionem adhibuerunt, pœna hujus constitutionis non teneri. Et recte: neque enim sola occupatio rei debitæ, ut minoribus consulatur, facta deportatione et publicatione bonorum digna est. Argumentum est, quod cæteri, qui rem sibi debitam occupant, ista pœna non tenentur: multo minus igitur tenebuntur tutores, qui officio aliquatenus functi sunt, dum volunt minoribus consulere. In hac tamen specie puto eos litem suam facere, et quo modo tenerentur minores, si ipsi occupassent, eodem modo tutores et curatores, quasi sibi occupassent, teneri debere, *L. non est ignotum*, *D. de adm. tut.*

Ad L. Si quis in tantam. 7.

Impp. Valentin. Theod. et Arcad. AAA. ad Messianum *Com. rerum privatarum.*

Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem: quam abstulit, restituat possessori, et dominium ejusdem rei admittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit: non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur. Dat. XVII. Kalend. Jun. Treveris Timatio et Promoto Coss.

SUMMARIA.

1. *Eum, qui violenter invadit possessionem rerum apud alios constitutarum ante eventum judicialis arbitrii hac lege coerceri: Invadere quid.*
2. *Violenter quid.*
3. *Possessores qui.*
4. *Res omnes corporales hac lege contineri, etiam mobiles, incorporales non item.*
5. *Arbitrium judiciale hic accipiendum jussum judicis, quo fit potestas ubilibet rem manu militari occupandi.*
6. *Qui rem suam vi invasit, cum ex hac lege dominium non amittere ipso jure, sed solum sententia judicis, a quo id peti oporteat, ut jubeat in actorem transferri.*
7. *Dominium rei occupatæ hac lege amissum adjici non fisco, sed privato, cui res erepta est, aut qui vi dejectus est. Item pœnas omnes pecuniarias, quæ nominatim lege non applicantur fisco*, ibidem.
8. *Qui rem alienam vi invasit, præter damnum actionis, etiam eum æstimationem subire, non possessionis ablatæ, sed ipsius corporis rei.*
9. *Ad dominium, aut æstimationem rei petendam, itemque ad possessionem ablatam recuperandam, esse ex hac constitutione condictionem ex lege, neque unius petitione alteram consumi.*
10. *Hac lege non teneri, qui dolo carent: patrem filio, patronum liberto: magistratum jure officii rem occupantem; privatum, qui furem fugientem persecutus ei rem suam aufert.*
11. *Etiam fœminas teneri hac lege.*
12. *Juris errorem adversus hanc legem nullis prodesse.*

13. *Tene-*

13. *Teneri hac lege etiam eos, quibus rerum suarum alienatio interdicta est.*

14. *Exceptos filiosfamilias, qui de bonis suis adventitiis quem dejecerint.*

ADversus vim, quæ illata est, præter interdictum *Unde vi*, etiam privatam actionem esse, diximus ex hac constitutione. In qua expendendum est, quid coerceatur, et quæ sit delicti, de quo agitur, pœna.

1 Delictum † ejusmodi est, Coercetur, qui invasit. Invadere est rem ab illo non traditam auctoritate sua occupare. Itaque hoc verbo removentur ii, qui possessionis controversiam tantum nobis faciunt, dum nos re nostra uti libere non sinunt: nihil enim isti occupant. Adversus hoc est interdictum *uti possidetis*, aut *utrubi*, §. *retinendæ*, *Inst. de interd.* Removentur et illi, qui vim adhibuerunt, sed vim, non qua ipsi rem occuparent, sed qua dominum, aut possessorem cogerent, ut sibi res traderetur. Tenentur hi actione quod metus caussa, L. 1. *et tot. tit. quod met. caus.* Vulgo appellant priorem vim turbativam, posteriorem compulsivam.

Addit constitutio, *qui invasit violenter*,

2 † Is violenter, seu vi invadit, qui vetere possessore dejecto rem occupat. L. 1. §. *vi possidere D. unde vi.* Itaque qui ignorante domino aut possessore rem occupavit, hac constitutione non tenetur, sed pertinet ad *L. meminerint*, *sup.* aut ad L. *ult. inf. hoc. tit.* Quod sic accipiendum est: nisi is, qui ab initio clam occupavit, revertentem dominum, aut veterem possessorem non admittat. Nam hoc facto clam possidere desinit, et incipit vi possidere. *L. clam*, *in fi. et L. seq. D. de acq. poss.* quod ad hanc constitutionem pertinet.

3 Ait, *Qui invasit possessionem.* † Is possessionem invadit, qui ipse non possidens rem quæ ab alio possidetur, occupat. Qui autem possidet, et rem, quæ corpore ab alio detinetur, occupat: is detentionem invadere dici potest, possessionem non potest: sed magis possessionem, quæ apud se fuit, retinere. Hinc judicari potest de eo, qui rem a se depositam, aut commodatam depositario, aut commodatario vi eripuit: item de eo locatore, qui aut inquilinum ejecit ex ædibus, aut colonum ex fundo, nempe hos omnes hac constitutione non teneri. Nam neque depositarius, neque commodatarius, neque colonus, aut inquilinus possident, sed dominus per eos, §. *possidere*, *Institut. de interd.* Hinc quoque intelligi potest, quid judicandum sit de proprietario, qui fructuarium expulit ex fundo fructuario, et eum frui non patitur. Apparet hunc quoque proprietarium hac constitutione non teneri. Nam fructuarius non possidet, non magis quam superiores. Proprietarius est, qui possidet, §. *idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acquir.* L. *sciendum.* §. *eum vero D. qui satisd. cog.* Non obstat, quod fructuario interdictum *unde vi* competit, si proprietarius eum frui non patiatur, *L.* 3. §. *unde vi*, *D. eod.* Hoc enim non ideo fit, quia fructuarius dejectus sit de possessione, quam prius habuerit: sed quia adversarius non patiatur eum uti frui. Et ideo in *d.* §. *unde vi* dicitur interdictum *unde vi* necessarium fuisse fructuario, idest, necesse fuisse ei speciatim proponere hoc interdictum: quod non fuisset necesse, si fructuarius possideret, et dici posset de fundo dejectus, quia verbis interdicti satis dejecto consulitur. Nihil etiam ad rem pertinet, quod fructuarius dicitur naturaliter possidere, L. *naturaliter*, *D. de acq. poss.* Nam hoc *naturaliter* valet corporaliter: quod significat eum proprie possidere; se tenere tantum. In re autem dubia a verbis legis recedi non oportet, L. 1. §. *licet.* vers. *in re*, *D. de exer. act.* et præsertim cum de pœna agitur. Nam pœnæ legum interpretatione molliendæ potius sunt, quam exasperandæ, L. *interpretatione*, *D. de pen.* Huc pertinet, quod dicitur, odia non esse interpretatione adjuvanda, *L. cum quidam*, *D. de lib. et post.* unde regula juris Pontificii, *in c. odia*, *extr. de reg. jur.*

Ait constitutio, *rerum apud alios constitutarum.* Rerum † dixit generaliter, non di- 4
stinguens, mobiles essent, an immobiles. Ex quo intellectum est, hac constitutione teneri omnes, qui rem quamlibet invaserunt, etiam mobilem: quod positum est *in* §. *pen. Inst. de vi bon. rap.* Hinc quæsitum est, an hac constitutione teneatur, qui possessionem juris alieni, occupavit, puta servitutis. Ut si dominus, qui iter debet per fundum suum, prohibeat vi adversarium eo itinere uti; aut si proprietarius, qui usumfructum debet, fructuarium a fundo ejiciat, eumque uti frui prohibeat. Et perspicuum est hunc non teneri: non quod non teneretur; si istarum rerum possessionem invadere posset: sed quod earum rerum nulla est possessio; quam invadat. De usufructuario jam supra dixi: De eo, qui prohibetur itinere sibi constituto uti, palam est hujus juris possessionem non inva-

vadi, quia res incorporales non possidentur, nisi abusive, *L. servus*, §. *incorporales*, *D. de acq. rer. dom.* Deinde dominus, qui usum hujus prohibet, nihil possidere intelligitur, eoque nullius rei possessionem sibi invadere. Is enim invadit possessionem, qui occupatam sibi tenet. Postremo etsi invaderet possessionem itineris, non tamen invadit possessionem rei apud alium constitutæ. Qui enim iter per fundum debet, is nihilominus fundum apud se constitutum habet.

Addit constitutio: *ante adventum judicia-*
5 *lis arbitrii.* Hic † arbitrium judicis accipere debemus, non quamvis sententiam judicis de re controversa, non quemvis ejus jussum: sed arbitrium et jussum de re, de qua in hac constitutione agitur, idest, arbitrium, quo judex pro potestate judicis potestatem facit rei, de qua controversia est, vi occupandæ. Pro potestate autem judicis facere intelligitur, cum in rei vindicatione possessor rem restituere jussus, judici non paret. Nam si reus rem possideat, licet judici manu militari rem transferre, L. *qui restituere*, D. *de rei vind.* Hinc colligimus, si quis ante arbitrium et sententiam judicis de re controversa restituenda, rem sua auctoritate occupet, citra controversiam hac constitutione teneri. Idem esse, probandum est, etiamsi quis obtinuerit sententiam et arbitrium judicis, quos adversarius jubetur rem restituere. Nam hæc sententia actorem non excusat, si sua auctoritate rem, de qua agitur, occupavit, ut dixi *ad L. meminerint*, *supra.* Sed etsi magistratus jusserit rem alienam occupari, si id fecit caussa non cognita, denique non pro officio et jure magistratus: hæc sententia et arbitrium neque magistratui patrocinatur, neque invadenti, qui injusto arbitrio utitur, arg. L. 3. D. *quod met. causs.* L. *nec magistratibus*, D. *de injur.* Idque consentaneum est verbis hujus constitutionis, quæ arbitrium exigit, sed judiciale, idest, conveniens judici. Summa est hæc: qui rem, quæ ab alio possidetur, vel vi eripit mobilem, vel immobilem occupat, vetere possessore dejecto, si id auctoritate legitima magistratus non facit, hac constitutione tenetur.

Habemus delictum, quod coercetur, et eum, qui coercetur. Pœna constitutionis hæc est. Primum qui rem invasit, sine exceptione rem restituere cogitur: quod est cum interdicto *unde vi* commune. Deinde, quod est proprium hujus constitutionis, si dominus fuit: jubetur dominium amittere. Quo loco duo quæsitæ sunt.

6 Primum, † an qui invasit, dominium jure suo amittat, an per judicem duntaxat, judice de eo sententiam ferente. Verius est, idque vulgo placet, solum per judicem, non ea ratione, quæ illis redditur, quia constitutio ita scripta sit ut dicat, *amittat*, in futurum: non autem amittit, aut amisit, (quod certe ejus sententiæ non idoneum argumentum est: cum ideo constitutioni necesse fuerit uti verbo futuri temporis, quia constitutio in admissum futurum concipiebatur, ut de eo etiam necesse fuerit pœnam futuram constituere) sed potius hoc argumento, quod constitutio eodem loco jubet eum, qui rem invasit, simul et rem restituere, et dominium rei amittere. Hæc enim cum una oratione in unam personam conjuncta sint: quod in altero membro intelligitur, necesse est etiam in altero intelligi. *arg. in L. 4. §. 1. D. de vulg. et pup. subst.* At cum jubemur rem restituere, intelligimus per judicem, vis namque prohibetur. *L. extat*, *D. quod met. caus.* Ergo et cum eodem contextu jubemur dominium amittere, hic quoque per iudicem intelligere debemus. Quo admisso, consequens est, nisi a judice petitum sit, ut qui rem invasit, dominium transferat, judicem de eo statuere nihil posse. *L. ult. supra*, *de fideicomm. lib.* proinde etiam dominium apud invasorem manere.

Illud notandum, invasorem dominium sic amittere, si dominium ad eum, cui res ablata est, transire possit. Quod si Judæo mancipium Christianum ereptum sit, ideo qui invasit, dominium non amitteret Christiani mancipii, quia ad Judæum transferri non potest. L. 1. *supr. ne Jud. Christ. mancip.* Sed pro domino reus, qui eripuit mancipium, æstimationem præstabit ex constitutione, quæ alterutrum prestare jubet.

Quod tamen apparet ita recte dici, siquidem dominium ad eum redire debet, cui res erepta est. Hinc quæsitum † secundo loco, 7
id dominium cui adjici debeat, utrum fisco, an privato, cui erepta res est, aut qui dejectus est? Dicendum est, privato: ad quod confirmandum recte adhibetur L. *ult. D. de litig.* L. *pen. supr. de leg.* Et generaliter definiemus, cum adversus delictum pœna pecuniaria infligitur, neque nominatim applicatur fisco, toties pœnam privato tribui in solatium injuriæ et damni, quod passus est, *d.* L. *ult.* D. *de litig.* Quod satis probatur argumento earum pœnarum, quæ constituuntur adversus raptores, fures, et qui vim intulerunt, quæ omnes certo jure iis, qui vim et furtum passi sunt, præstantur.

Quod si is, † qui rem invasit, dominus 8
non sit: jubetur æstimationem ipsius rei pos-

possessori præstare, vel ut sunt verba constitutionis, æstimationem ipsarum rerum. Quæ verba diligenter expendenda sunt, ut intelligamus, non sic præstari æstimationem possessionis, quæ possessori ablata est: ut scilicet æstimetur, quanti intersit ejus ipsum possedisse; sed æstimationem ipsius corporis, etiamsi is, a quo res occupata est, nullo modo dominus fuerit, sed prædo. Hoc contra fit in interdicto *uti possidetis*, adversus eum qui alienam possessionem turbavit, L. *pen. in fin. D. uti poss.* item in actione *quod metus caussa*, adversus eum qui vim fecit, ut sibi possessio fundi traderetur, L. *si mulier*, §. *qui possessionem*, *D. quod met. caus.* Sed hoc jus novum est, quod ut in majore delicto pœnam graviorem constituit. Pœnam supra scriptam actione consequimur.

9 Et † cum hic nova obligatio constituatur, neque cautum sit, qua actione experiamur: constat ex lege agendum, seu in eam rem condictionem esse ex lege, L. *unica, de condict. ex leg.* Hæc possessori, cui possessio ablata est, datur his verbis, *restituat possessori.* Datur et recuperandæ possessionis nomine, et pœnæ, quam diximus, persequendæ: proinde duarum rerum diversarum caussa. Ex quo intelligitur, unius rei condictione alterius condictionem non consumi, L. *si pro fure*, §. 1. *D. de cond. fur.* Itaque qui prius de possessione egit solum, non prohibebitur postea petere, ut dominium in se transferatur, aut sibi æstimatio rei præstetur. Quinetiam si is, cui possessio ablata est, ultro possessionem receperit sine judice: non prohibebitur tamen pœnam postea persequi, quia qui delicto suo in pœnam postea incidit, is ut pœnitentia sua non mutat delictum, sic nec teneri desinit, *L. qui ea mente*, *D. de furt.*

Etsi autem constitutio hæc generaliter scripta sit adversus omnem, qui vi possessionem invasit: sunt tamen quatuor ordines eorum, quos putamus hac lege non teneri.

10 Primum † non tenentur omnes qui intellectu et dolo carent, quo in numero sunt furiosus, L. *Divus*, *D. de off. præs.* item infans, et qui infantiæ proximus est, §. *in summa*, *Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Secundo loco non tenentur parens filio, patronus liberto. Nam hi certo jure non tenentur liberis, aut libertis ulla actione, quæ injuria, aut doli, aut vis habeat mentionem, propter honorem natura his debitum, L. *parens*, *et* 2. *seqq. D. de obseq. par. et pat. præst.* Nec ad rem pertinet, quod hæc constitutio neminem excipit: hæc enim regula nobis tenenda est in omni interpretatione legum; quoties una aliqua lex de toto genere in universum scripta est, et alia lege species aliqua ex eo genere excipitur, semper generi per speciem derogari, L. *in toto jure*, *D. de reg. jur.* idest, specie generali constitutione non contineri. Hæc constitutio est de omnibus invadentibus: species invasorum sunt, pater, patronus. Proinde si quid de his proprii juris constitutum est, ad generalem constitutionem non pertinet. Ne illud quidem ad rem pertinet, quod hæc constitutio generalis posterior est illo jure de parentibus et patronis constituto. Nam et hoc in jure est, posteriores leges ad priores referri, si contrariæ non sint, *L. sed et posteriores*, *D. de legib.* Proinde priores sic accipi debere, quasi posteriores de prioribus cogitassent, easque confirmassent, aut quasi priores postea essent secutæ. Tertio loco ad hanc constitutionem non pertinent magistratus, qui jure officii, quo funguntur, possessionem a reo occupant, et in actionem transferunt. Hoc enim jure fit; et quod fit jure, pœnam non meretur, L. 3. *D. quod met. caus.* L. *nec magistratibus*, *D. de injur.* L. *Gracchus*, *infr. ad L. Jul. de adult.* Eadem in caussa privatos haberi oportet, qui auctoritate judicis possessionem occuparunt: quod ipsum verbis hujus constitutionis effici videtur. Postremo recte vulgo putant, non teneri pœna hujus legis eum, qui furem fugientem persecutus, ei rem suam abstulit. Argumento *L. ait prætor*, § *si debitorem*, *D. quæ in fraud. cred.* Quod et ipsum ex sententia hujus legis satis colligitur, cum adventum arbitrii judicis exspectari jubet. Hinc enim intelligitur, constitutionem ad eas caussas non pertinere, in quibus permittitur sine judice se defendere. Licet autem toties, quoties post vulnus acceptum non licet remedium adhibere L. 1. *supr. quan. lic. sine jud. se def.*

His exceptis, sic statuemus de omnibus, de quibus hoc loco quæsitum est: quicunque rem vi invaserint, quæ ab alio possidetur, omnes in hanc constitutionem incidere sine exceptione sexus, ætatis, conditionis, beneficii a lege tributi. De quibusdam tamen dubitatum est. Primum † de fœmina, quoniam constitutio ita scripta est, *si quis*, non *si qua.* Sed res hæc decisa est jure certo L. 11
hoc verbum, *si quis*, 1. L. *pronuntiatio*, *in pr. D. de verb. sign.* nempe in omnibus legibus hoc verbum, *si quis*, tam fœminas, quam masculos continere: quod vel maxime admittendum est in hac lege ex legis sententia. Nam hic est constitutio in odium sexus

viri-

virilis, sed ad delictum coercendum lata. Hoc delictum majus in fœmina invadente, quam in masculo; quia illa invadens, præterquam quod delinquit, quod sit illi cum aliis invasoribus commune, etiam facit contra modestiam et pudicitiam sexui congruentem. Magis igitur ex sententia legislatoris delictum in ea coercendum.

12 Deinde dubitatum est † de iis personis, quibus permittitur in jure errare, in quo genere sunt minores, fœminæ, milites item rustici. *L. regula, D. de jur. et fact. ignor. L. 2. D. si quis in jus voc. non ier.* Nam hoc jure posito, licere supra scriptis personis hoc jus, et cætera ignorare, effici videtur, eas, si quid adversus hanc constitutionem commiserint, non teneri: Sed sciendum est, nullorum delictis juris errorem patrocinari, si quid in faciendo deliquerint, non negligendo, quod indicatur in dicta *L. regula, in pr. de jur. et fact. ignor.*

13 Postremo † dubitatum est de iis, quibus prohibitum est, res suas alienare, quo in numero sunt minores 25. annis, L. 1. *D. de reb. eor.* L. *lex, quæ supr. de adm. tut.* item prodigus, cui bonis interdictum est, *d. L. 1. de cur. fur.* L. *is cui bonis, D. de verb. ob.* item filiusfamilias in bonis adventitiis, L. *ult.* §. *filiis, supr. de bon. quæ lib.* Ac de his dubitandi caussa ex eo, quod hac constitutione, qui rem invasit, dominium suæ rei amittit, et alienat, aut etiam æstimationem rei de suo præstat, quod isti superioribus legibus facere prohibentur. Sed recte sentiunt, qui existimant, istos omnes hac constitutione teneri, si rem invaserunt. Neque impedimur iis legibus, quæ istis personis alienationem rerum interdicunt. Interdicitur enim alienatio voluntaria, non etiam necessaria, L. 1. *D. de fun. dot.* L. *alienationes, D. fam. erc.* Ea autem, de qua hic agitur, necessaria est. Primo enim liberum fuit non invadere. Postquam invaseris, hæc necessitas lege imponitur, ut alienes; sed et illud jure imponitur, ut delictum coerceatur. Non incommode etiam in istis personis respondeatur hoc modo: Plane superioribus legibus prohiberi istas personas, ne alienent. Nunc autem ex hac constitutione eas non alienare, sed legem; pro qua sententia facit, quod dicitur in L. 1. D. *de auct. tut.* in iis, quæ fiunt, spectari debere, quod principaliter fit, non quod per consequentiam. Principaliter hic delinquitur: per consequentiam fit, ut res alienetur. Itaque et de prodigo hoc jus probandum est, qui minoribus curatorem habentibus comparatur. L. *si curatorem, supr. de in integ. rest. min.* Objiciet tamen fortasse aliquis, quod est de prodigo in L. *hi, qui* §. 1. D. *de tut. et cur. dat.* prodigum furioso comparari in bonorum alienatione. Sed hoc dictum est de prodigo, cum volens alienat, non cum invitus facit. Et sane in proposito, cum prodigus rem invadit, non hoc animo est, ut rem alienet, sed ut sibi acquirat.

Recte † tamen judicare mihi videtur Bartolus, qui putat, ad hanc regulam non pertinere filiosfamilias, qui possessorem de bonis suis adventitiis dejecerunt, aut rem alicui eripuerunt; denique eos bonorum suorum adventitiorum dominium non ideo amittere, hac ratione, quia quod interdicitur illis, ne alienent adventitia, non magis ipsorum, caussa constituitur, quam parentum, ad quos filiis mortuis peculium adventitium pleno jure redit. Neque vero delictum filii ipsis nocere, et rem eis in aliquem casum destinatam illis auferre debet, in quam sententiam ille recte uti videtur *arg.* L. *sed si alias, D. de bon. dam.* L. *Statius*, §. *ult. D. de jur fisc.* 14

Ad L.

Ad L. Momentariæ. 8.

Impp. Arcad. et Honor. AA. Pasiphilo.

Momentariæ possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, meretur, Datum VI. Idib. Jul. Mediolani, Olibrio et Probino Coss.

SUMMARIA.

1. *Momentariam possessionem recte dici omnem, quæ obtinetur ex quovis interdicto: et cur ita dicta.*
2. *Momentariæ possessionis interdictum in hac lege non aliud dici, quam interdictum* unde vi.
3. *Interdictum* unde vi *cur per excellentiam dictum interdictum momentariæ possessionis.*
4. *Mox restituendum, qui dejectus est, id est statim, et sine exceptione.*
5. *Aliud interdictum fuisse olim de vi publica, quæ fit hominibus coactis et armatis: aliud de vi privata et quotidiana, quæ fit sine armis, differentiam hac lege maxime sublatam.*
6. *Interdictum* unde vi *non semper ad vim publicam pertinere, vel privatam, quam hic significationem habeat.*
7. *In interdicto* unde vi *vim objicientem in crimen se inscribere ad penam talionis non cogi.*
8. *Dejectio interdictum esse etiam ei, qui prius adversarium dejecisset, neque hic locum habere, quod dicitur, paria delicta mutua compensatione tolli.*

Momentariæ possessionis interdictum, quod hic appellatur, sunt, qui interpretentur omne interdictum, non tantum recuperandæ possessionis, *Unde vi*; sed etiam adipiscendæ et retinendæ, ut sit sententia: Omne interdictum, sive sit adipiscendæ, sive recuperandæ, sive retinendæ possessionis, mox transigi debere.

1 Et certe † in omnibus interdictis de possessione momentaria agi videtur, quia omni interdicto ea possessio obtinetur, quæ apud victorem momento manet: nempe eo usque donec judicio petitorio de proprietate agatur, quo uti non prohibetur is, qui de possessione victus est, L. *un. sup. si de mom. poss. fuer. appell.*

2 Sed † multa sunt, quæ hanc interpretationem repudient. Primum rescripti verba. Dicitur enim hic *interdictum*, non *interdicta*, ut species una certa notetur. Additur, *momentariæ possessionis*, quo significatur, esse quædam interdicta non momentariæ possessionis, ut si quis diceret, interdictum recuperandæ possessionis, aut actionem rei persequendæ caussæ: intelligeremus ideo dici, quia esset aliquod interdictum non recuperandæ possessionis, actio aliqua non rei persequendæ caussa. Denique si hic omnia interdicta intelligebantur, ita scribi oportuit: *Interdictum omne, quod non semper ad vim pertinet, mox audiri meretur.* Jam vero in ea constitutione unde hoc fragmentum sumptum est, quæ exstat in Codice Theodosiano, *Libr.* 2. *tit.* 1. *lib.* 8. interdictum momentariæ possessionis intelligitur tantum interdictum *Unde vi.* Consulebantur enim Imperatores a Pasiphilo, cujus erat jurisdictio de caussis criminalibus, an de caussis privatis et pecuniariis cognoscere interpellatus posset et deberet, si in his aliqua species criminis versaretur; et ob id quærebatur, an momentariæ etiam possessionis interdictum proponi apud eum posset, ita ut mox audiri mereretur. Quæ quæstio interdictis adipiscendæ et retinendæ possessionis convenire non potest, in quibus crimen non versatur. Postremo hujus ipsius loci sententia repugnat, quo minus de interdictis adipiscendæ et retinendæ pessessionis interpretemur. Nam quod dicitur, interdictum momentariæ possessionis mereri audiri, interdum etiam *sine inscriptione*, nullo modo potest his interdictis convenire, in quibus nullum crimen est. Proinde nulla accusatio: ob eamque caussam nulla inscriptio in crimen: stulte enim constitueretur id, de quo dubitari non potest, L. *Domitius*, D. *qui test. fac. poss.* Absurde etiam constitueretur interdum, ista audiri debere sine inscriptione, quasi aliquando cum inscriptione audiri deberet: quod falsum est. Ubi enim nulla accusatio est, illic inscriptionem locum habere non posse constat. L. *ult. infr. de accus.*

Ex his apparet momentariæ possessionis interdictum hic intelligendum esse interdictum *Unde vi*, in quo crimen vis versatur.

Sed

3 Sed † cur hoc præcipue dictum momentariæ possessionis, cum et ex cæteris quæcunque possessio est, ea sit momentaria, ut qua constituta, nihilominus integra proprietatis caussa servetur, ut est in L. *unica*, *sup. si de mom. poss. fuer. app.* Eo fit, quia in cæteris interdictis solum tunc proprie possessio est momentaria, cum ex his jam obtinetur: quæ autem adhuc in petitione est et persecutione interdicti, non item: in interdicto autem *Unde vi*, utroque tempore recte dicitur momentaria: et quo jam recepta est, quod est cum cæteris interdictis commune; et quo de ea adhuc controversia est ex interdicto, quia momento et summatim res transigitur. Nam in cæteris interdictis reo competunt suæ exceptiones adversus interdictum; ut in interdicto *Uti possidetis*, hæc exceptio est adversus eum, qui agit: nisi ille a reo vi, clam, aut precario possideat, L. 1. §. *ult.* D. *uti poss.* In interdicto *Quod legatorum* est hæc exceptio: nisi legatarius satisdederit, L. 1. §. pen. *D. quod leg.* Idemque in allis interdictis similibus licet observare. In interdicto autem *Unde vi*, qui dejectus est, sine exceptione restitui debet. Hinc vere et præcipue interdictum momentariæ possessionis.

De hoc interdicto duo hic constituuntur.
4 Primum hoc interdictum † *audiri mox* debere. *Mox* valere, confestim et sine mora. Id sic interpretamur, *sine ulla exceptione*, ut scilicet qui dejecit, statim restituere debeat eum, qui dejectus est in eum locum, unde dejecit, quanvis hic prius illum vi dejecisset, aut clam ab illo, vel precario possideret. Hæc sententia juris posita est in §. *recuperandæ*, *Inst. de interd.* Convenit etiam verbis hujus loci. Proinde quin huic loco recte a nobis aptetur, dubitari non potest. Sed hic quæret aliquis, si interdictum *Unde vi*, jam olim fuit momentariæ possessionis, et id ita interpretamur, fuisse ejus possessionis, de qua statim et sine exceptione cognosci potuerit, quid opus fuerit hac constitutione. Et ex jure antiquo id facile intelligi poterit.

5 Sciendum † est olim aliam fuisse caussam, si quis alium dejecisset vi publica, idest, hominibus coactis et armatis, aliam, si vi privata, idest, sine armis, quæ etiam vis quotidiana dicebatur, quia et inferretur a privatis, et moribus inferri soleret, teste Cicerone *in Orat. pro Cæcin.* Si quis vim publicam fecisset, huic nulla erat exceptio adversus interdictum, quin eum, quem dejecerat, eo unde dejecerat, restitueret sine ulla exceptione. Ei autem, qui vim privatam et sine armis fecisset, competebat hæc exceptio; nisi is qui dejectus est, a reo vi aut clam, aut precario possideret, ut Cicero in eadem oratione docet: quod et ab aliis eruditis viris annotatum est, ut Duareno *lib.* 1. *Disp. c.* 20. Eguin. Barone, *ad initium hujus tit. D.* Hoc jus ita valuit temporibus Ciceronis, ut pervenerit etiam ad tempora Ulpiani et Pauli, quod hæc fragmenta probant, de vi publica, *L. sed si vi armata, D. de vi et vi ar.* de vi privata et sine armis, L. §. *qui a me*, *et L. cum fundum*, illic, *non enim ab ipso. D. eod.* Postea hoc jus immutatum est, et obtinuit, ut etiam qui sine armis alium dejecisset, eum, qui dejectus est, sine exceptione restitueret, quanvis ab adversario prius dejectus esset, aut adversarius prius clam ab ipso, aut precario possideret. Hoc jus primum constitutum videtur a Constantino in *L. si quis*, *infr. ad L. Jul. de vi publ.* ubi hæc verba sunt: *si quis vim possidenti intulerit, ut ei quem constiterit expulsum, amissæ possessionis jura reparentur, eademque protinus restituta de crimine quæratur.* Sed tamen restabat adhuc hæc dubitatio, an ea constitutio, generaliter scripta ad vim privatam pertineret. Hæc dubitatio hac constitutione sublata est, qua cavetur interdictum *Unde vi* mox audiri debere, non tantum si ad vim publicam pertineat, sed etiam si ad privatam.

Id enim † significant illa verba: *interdictam, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel privatam.* Est enim hic sensus: 6
interdictum quod non semper ad vim armatam pertinet, aut semper ad privatam: sed interdum ad publicam, interdum ad privatam, mox audiri meretur: ut scilicet sine ulla exceptione ad utramque vim pertineat, sive de hac, sive de alia agatur. Ex quo jam dubitari non oportet, quin quod *in §. recuperandæ*, *Inst. de interd.* generaliter secundum verba scriptum est, eum, qui dejectus est, sine exceptione restitui debere eo, unde dejectus est: id etiam re sententia generaliter accipi debeat ex hoc loco de vi utraque. Altera † adjicitur hac constitutione: 7
hoc idem interdictum etiam sine inscriptione *interdum* audiri debere. Interdum, dicunt Imperatores, quia si is, qui interdicto agit de re pecuniaria et sua, idem criminaliter agat de vi: eum ex forma usitata juris se in crimen inscribere oportet: dequo jure est in L. *ult infr. de accus. L. libellorum, L. si cui crimen, D. de accus.* Quod si qui interdicto experitur, idem criminaliter non agat

de

de vi: quantumvis interdicto vim objiciat adversario, tamen se in id crimen inscribere ad pœnam talionis subeundam non cogitur, quoniam civiliter agitur, non criminaliter, ut patet ex suprascriptis.

8 Illud monendi sumus, † quod supra dictum est, si a te sim dejectus, deinde ego te dejiciam ex intervallo, me tibi teneri interdicto *Unde vi* sine ulla exceptione, quanvis a me vi possideas: id non eo pertinere, ut tu mihi vim impune feceris. Nam et mihi interdictum *Unde vi* adversus te competit, quo possessionem mihi restituere cogeris. Unde quæsitum est, videatur ne id contrarium ei sententiæ juris, qua placet paria delicta mutua compensatione tolli: ut qui illa invicem admiserunt, neuter adversus alterum eo nomine actionem habeat. L. *si duo*, *D. de dol.* L. *vero*, *D. sol. mat.* Respondeo, nihil hanc sententiam adversari, nec ad hoc interdictum, de quo agimus, pertinere. Tunc enim verum est paria delicta mutua compensatione tolli, cum licet utrinque ea delicta objicere, ut sic in judicio audiantur. At interdicto *Unde vi*, tantum quæritur de vi ejus, qui dejecit, non autem de vi ejus; qui dejectus est, quoniam illi vim objicere ad defensionem non licet: quo fit, ut mutua vis accusatio in hoc judicium incidere non possit.

Ad L. Si quando. 9.

Imp. Zeno A. Sebastiano. *Præfecto prætorio.*

Si quando vis in judicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis vel invasis, vel damno dato tempore impetus quæstio proponatur: si non potuerit qui vim sustinuit, quæ perdidit, singula comprobare: taxatione a judice facta pro personarum, atque negotii qualitate, sacramento æstimationem rerum, quas perdidit, manifestet: nec liceat ei ultra taxationem a judice factam jurare: et quod hujusmodi jurejurando dato fuerit declaratum, judicem condemnare oportet. Datum Idib. Decemb. Constantinopol. post consulat. Basil. II. et Armatii V. C.

S U M M A R I A.

1. *Dejecto juranti, quas res et cujus æstimationis habuerit in eo loco, unde dejectus est, fidem hac lege haberi; et hujus juris æquitas.*

2. *Taxare jurisjurandi quantitatem judici licere, idque faciendum pro personarum et negotii qualitate, et horum utrumque quid fit.*

QUI dicit sibi res in eo loco fuisse, unde dejectus est, et sibi eas periisse, secundum regulas juris probare debet, ac nisi probet, reus absolvendus est *L.* 2. *D. de prob. L. qui accusare, supr. de eden.* Porro idonea et legitima probatio ad id docendum est in testibus: non est idonea, si is, qui dicit, juret ita esse adversario non deferente L. 3. *in pr. D. de jurejur.* Veruntamen hoc genus probationis necessitas duabus in caussis admisit. Una est, cum actor probavit rem sibi debitam fuisse, eaque culpa debitoris periit. Nam tunc rei ejus æstimatio, quæ ab actore jam facile probari non potest, ejus jurejurando committitur, ne debitoris mora et culpa ei fraudi sit L. *in actionibus*, §. *plane*, *D. de in lit. jur.*

1 Altera caussa est, † cum quis vim fecit in ædes, aut fundum alienum, et dicuntur in eo loco res mobiles fuisse, quæ perierint, de quibus is, qui dejectus est, dicat se probare non posse, quæ et cujus æstimationis fuerint. De hac specie est hæc constitutio: qua cavetur, ut actori de quantitate et æstimatione earum rerum juranti fides habeatur. Quod æquissime constitutum est. Quod enim generaliter traditur, neminem in sua caussa judicem, aut testem fieri debere, idque initium esse, L. *un. sup. ne quis in sua cau. jud.* L. *Julian. ait*, D. *de jud.* L. *nullus*, D. *de testib.* ita verum est, nisi culpa et vitio adversarii necesse sit rem actoris jurejurando committi. Quod in hac specie accidit: necesse est enim id ita fieri, si volumus actorem jus suum consequi, quod adversus vim quovis modo constitui æquissimum est. Primum, quia ipsa per se maleficia impunita esse non debent, L. *ita vulneratus*, D. *ad* L. *Aquil.* Deinde, quia ita statui tunc sit æquius, cum periculum est, ne

ne quis impune vim, aut damnum patiatur, L. *si longius*, §. 1. D. *de jud.* Ergo, ut supra proposui, in his caussis hoc jusjurandum ad probationem necessitas induxit, sine qua iniquissimum est cuiquam in re sua, quamvis jurato, fidem haberi. Adjicitur hac lege, quod actor de æstimatione earum rerum juraverit, id judicem sequi oportere.

2 Sed quoniam † fieri potest, ut in immensum juret, adjicitur eadem lege recte facturum judicem, si cum audierit, quid actor dicat de illis rebus, quas sibi periisse dicit, priusquam jusjurandum illi deferat, taxet jurisjurandi quantitatem, seu modum statuat quem jurejurando non liceat excedere, ne in infinitum juretur, quod judici sequi postea necesse esset. Hæc eadem de necessitate sequendi jurisjurandi, et de taxatione initio adhibenda, ex jure vetere sunt, traduntur-que explicatius in L. *videamus*, §. *jurare*, *et* §. *seq.* D. *de in lit. jur.* quorum de utroque ad eum locum scripsimus. Adjicitur his, *judicem æstimationem taxaturum pro personarum et negotii qualitate.* Quod sic interpretandum est: ut si pauper sit, et dicat, sibi supellectilem auream et pretiosam ibi fuisse: vel si locus angustus sit, et dicat, plura ibi fuisse, quam locus videbatur posse capere, non audiatur.

Ad L. Non abs re. 10.

Imp. Zeno A. Sebastiano. *Præfecto prætorio.*

Non abs re est, quemadmodum possessionis alienæ invasores, tam vetus, quam præsens sacra constitutio censuit esse puniendos: ita nec conductoribus, et possessionis alienæ detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint resistendum: et non protinus, id est, non exspectato judiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque jubemus pro tanta suæ iniquitatis impudentia, si cognitionis judiciariæ eventu fuerint condemnati: rei, cujus possessionem sponte restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, æstimationem victrici parti una cum ipsa re præbere compelli. Datum V. Kal. April. Constant. Theodorico et Venantio Coss.

SUMMARIA.

1. *Sententia hujus legis.*
2. *Generalem hanc constitutionem esse pertinentem non ad conductores tantum, et precario possidentes, sed ad depositarios, commodatarios, et omnes alienæ possessionis detentores.*
3. *Constitutio hæc solum utilis in rebus soli.*
4. *Rei acceptæ recusandæ interdum justas caussas esse, ex his recusantem reddere pœna hujus legis non teneri.* L. si quis conductionis. C. de loc. et con. *exposita* ibid.
5. *Eum, qui rem judicato denegatam ante sententiam restituit, ad hanc legem non pertinere.*
6. *Eos, qui res suas repetunt ab injustis detentoribus, recte petere una cum re etiam rei æstimationem; et judicem ita condemnare reum posse et debere, etsi æstimatio debeatur sub conditione, si reus rem ante sententiam non restituerit.*

1 QUI † rem ab alio acceptam ejus nomine possident, quales sunt conductores, et qui rem precario acceperunt, hi quanvis reposcendi rem non reddant, ac propterea invito eo, a quo acceperunt, detineant; non tamen dici possunt rem invasisse, quam ab initio volente domino acceperunt, et quem postea aditu ædium, aut fundi locati non prohibuerunt, eo etiam in pœnam L. *si quis in tantam*, non incidunt. Placuit tamen hac constitutione eos eadem pœna afficiendos esse, si modo hæc concurrant: ut et sine justa caussa recusent rem restituere iis, a quibus acceperunt, et præterea judicio conventi in ea recusatione perseverent usque ad sententiam definitivam, idest, eo usque, donec sententia judicis de re restituenda condemnentur. Hanc autem im-

improbæ recusationis pœnam ferunt, ut una cum re etiam æstimationem rei reddere compellantur. Quæ plane pœna est adversus invasores rei alienæ constituta in *d.* L. *si quis in tantam.* Unde facile intelligitur, veterem constitutionem, quæ in principio hujus legis nominatur et confirmatur, esse illam ipsam L. *si quis in tantam.*

2 Observandum † est, hanc pœnam constitui nominatim adversus conductores, et eos, qui precario acceperunt, ut et in L. *conductores, supr. de loc. et cond.* Quid si erit is, qui rem commodatam, aut depositam acceperit, quam eadem improbitate recuset reddere? dicemus et hunc hac constitutione teneri, et omnes omnino, qui sunt in possessione alienæ rei, quam a possessore acceperint. Etsi enim conductores et qui precario acceperunt, specialiter nominentur, tamen exempli caussa id fit. Nam alioqui generalis constitutio est in illis verbis, quæ sunt in principio, *ita nec conductoribus, et possessionis alienæ detentoribus.* Sed ideo et de depositario et de commodatario nihil his constitutionibus exprimitur, quia si quis rem mobilem sibi commodatam, aut apud se depositam reposcenti etiam extra judicium non reddit, ejus rei furtum facit, *L. si sacculum, D. deposit.* L. 3. *supr. depos.* §. *placuit, Instit. de obl. quæ ex del.* Et ita statim in duplicem pœnam incidit, ut merito litis contestatio, neque alia sententia sit exspectanda ad hanc pœnam persequendam, neque minor pœna desideranda, ubi major suppetit.

3 Quamobrem † hæc constitutio solum utilis est in rebus soli: quarum contrectatione furtum non committitur §. *quod autem, Inst. de usuc.* Idcirco præcipue de conductoribus rerum soli, et de iis, qui precario eas detinent, hic exempla posita sunt.

Pœna constitutionis habet duas has conditiones. Una est, si quis reposcenti reddere rem recuset sine justa caussa. Quod eo

4 additum est: † quia justæ et probabiles caussæ esse possunt recusandi, L. *colonos, in fin. D. eod.* L. *si quis rem, in fin. D. de acq. poss.* Cuius generis est, si is qui conduxit, aut precario accepit, dicat se eius rei dominum esse. Nam neque precarium, neque conductio rei nostræ consistit: ut proinde qui dominus est, neque precario, neque ex locato teneatur, *L. neque pignus*, D. *de reg. jur.* L. *qui rem, D. dep.* L. *qui rem. supr. de loc. et cond.* Non obstat, quod in L. *si quis conductionis, supr. de loc. et con.* dicitur, si quis conductionis titulo rem acceperit, eum prius debere possessionem restituere, et tunc de proprietate litigare. Hoc enim ita interpretandum est: si de possessione agatur, quod fit ex interdicto, aut actione ex caussa interdicti. §. *retinendæ*, §. *possidere, Institut. de interd.* Tunc enim prius de possessione lis dicenda est, deinde quærendum de proprietate. Diversum est, si ex locato agatur ad rem conductam recipiendam. Nam hac actione dominus non tenetur certo jure, *d.* L. *qui rem, D. dep.* Tales sunt caussæ conductoribus, si nondum finito tempore conductionis res repetatur, dum illi mercedem solverint, L. 3. *sup. de loc. et cond.* Item, si quas illi impensas utiles in rem conductam fecerint: quo nomine non tantum retentione uti possunt, sed et ultro actionem ex conducto habent, L. *dominus.* §. 1. L. *penul. in prin. D. loc.* Altera † conditio adiicitur, si supra scriptæ personæ in ea recusatione usque ad sententiam perseveraverint. Unde intelligimus, si pœnitentia acta rem ante sententiam restituerint, eos, pœna huius legis non teneri. Itaque hic pœnam non inficiationi et contrectationi alienæ constitutam esse, sed improbæ et contumaci recusationi. 5

Quod de pœna scriptum est *in fine legis*, conductores scilicet suprascriptos una cum re etiam rei æstimationem præstare compelli, puto hanc sententiam habere ex perpetuo iudiciorum more, ut compelli debeant sententia iudicis, qui et ad rei æstimationem, et ad rei restitutionem condemnabit.

Quo † loco quæsitum est, utrum eodem iudicio et eadem sententia iudicis id fieri possit, an vero condemnato conductore ad rei restitutionem, novo iudicio et nova petitione sit opus ad rei æstimationem consequendam? Quin novo iudicio æstimatio peti possit, si forte priore iudicio reus in rem condemnatus non sit, dubitare non debemus. Nam cum sit hac constitutione nova obligatio de æstimatione constituta, intelligimus etiam petitionem, nempe condictionem ex lege de ea esse constitutam, L. *unic. D. de con. ex leg.* Quocirca et ea separatim uti possumus: cumque sint duarum rerum petitiones, una rei, altera æstimationis: nunquam una alteram consumit, L. *si pro fure*, §. 1. *de cond. fur.* Sed hoc dubitatur, quod dixi, apud quem de rei restitutione agitur, possitne is eadem sententia rerum et de restituenda re condemnare, et præterea in eius rei æstimationem. Verba huius constitutionis significant, iudicem eadem sententia id facere posse. Non enim potest conductor compelli rei 6

rei æstimationem præstare una cum re, nisi eodem tempore atque eadem sententia, eodemque iudicio id fiat. Sed rursum ius videtur id vetare, non enim potest iudex conductorem condemnare in rei æstimationem, nisi id petitum sit, L. *ut fundus*, *D. com. divid.* L. *ult. sup. de fideic. libert.* Jam vero hæc æstimatio ab initio in iudicium deduci non potest. Vetat enim ius id peti, quod sub conditione debeatur, ne iudicium sit in pendenti, L. *non quemadmodum*, D. *de jud.* At æstimatio rei, de qua hic agitur, debetur a conductore sub conditione: si is patiatur, se de re restituenda condemnari. Quo effici videtur, eam æstimationem pendente hac conditione peti non posse. Quod si verum est: nec de ea æstimatione iudex sententiam ferre potest; quapropter et ad eam petendam novo iudicio erit opus. Nos de recepta sententia dicemus, iudicem qui de re restituenda cognoscit, eadem sententia conductorem, et ad eam rem restituendam, et ad rei æstimationem condemnaturum, si actor ab initio id petierit. Quominus autem id recte petat, eum iure non prohiberi. Nam quod dicitur, nihil peti posse pendente conditione: ad eam conditionem, de qua hic agitur, non pertinet. Sciendum est enim, eas conditiones pro conditionibus non esse habendas, quæ ex iure tacite insunt, etiamsi non exprimantur, L. *mutuo.* §. 1. D. *de tutel.* L. *heredis*, *L. cum sine*, §. 1. D. *quan. di. leg. ced.* Multo minus etiam pro conditionibus habentur, quas certum est esse exstituras, L. *si pupillus*, §. *qui sub conditione*, D. *de novat.* Talis autem ea conditio est, sub qua rei æstimatio a conductore hic debetur, si de re restituenda condemnatus erit. Hæc enim conditio inest iure, etiam si non exprimatur, et præterea talis est, ut iudice sententiam ferente de re restituenda omnino exsistat.

Ad L. ult.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *Præfecto prætorio.*

Cum quærebatur inter Illiricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec *Unde vi*, interdictum, nec *quod vi*, *aut clam*, vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus talem possessorem, ut prædonem intelligi, et generali jurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus. Ridiculum enim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere: cum talis depositio in furti actione jamdudum veteribus legibus definita est, dicentibus: si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur: his videlicet, quæ super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula. Dat. XIII. Kal. Nov. Constantinop. post Consul. Lampadii et Orestis VV. CC. anno secundo.

S U M M A R I A.

1. *Sententia legis sigillatim verbis legis confirmata.*
2. *Vacua possessio occupata quæ hic intelligatur.*
3. *Rem suam, quæ a nullo tenebatur, qui sine vi occupavit, eum nullo jure teneri.*
4. *Idem esse, si quis bona fide putet suam.*
5. Teneri jurisdictione declarata legibus, *pro* teneri eo jure, *quod ex legibus dici solet.*
6. *Adversus eum, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, pœnam hic statui eandem, quæ vetus fuit ex interdicto* unde vi *adversus prædones.*
7. *Possessori veteri ex hac lege actionem esse, non domino, nisi et is possedit.*
8. *Pœnam adversus eum, qui sine vi rem alienam immobilem occupasset, nullam fuisse veteribus legibus, ideo hanc legem fuisse necessariam, qua pœna induceretur.*

Sen-

1 SEntentia est: qui † possessionem quanvis vacuam rei alienæ occupavit, quam intelligat ad se non pertinere, is tanquam prædo tenetur eo iure, quod veteribus legibus constitutum est de restituenda possessione adversus prædones: qui rem vi invaserunt. Dixi, *qui vacuam possessionem*, verba sunt in principio constitutionis.

2 Vacua † possessio proprie ea dicitur, quæ omnibus aliis iustis possessoribus et detentoribus vacua est, L. 2. §. *ult.* D. *de act. empt.* sed nihilominus recte dicemus, hac lege teneri eum, qui rem ab iis vacuam, qui corpore rem tenerent, sine vi occupavit; tametsi domino absente possessio eius rei animo retineretur, quod fit, cum quis exempli gratia ad nundinas profectus est, nemine domi relicto. L. *clam*, §. *qui ad nundinas* D. *de acq. poss.* Nam si quis pœna et nomine prædonis dignus est, qui rem quæ a nullo neque teneretur, neque possideretur, occupavit: multo magis eodem iure teneri debet, qui rem occupavit, quæ ab absente possidebatur, quamvis eam nemo corpore teneret.

3 Dixi † *possessionem rei alienæ*: quam lex initio vocat *possessionem absentium.* Hanc se intelligere indicat postea in illis verbis: *nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones.* Item illis: *ridiculum etenim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit.* Quare si quis suæ rei possessionem sine vi occupavit, cum res a nullo possideretur, is nullo iure tenetur. Merito: nulli enim quidquam detrahit, neque rem, neque possessionem.

4 Dixi † quam intelligat ad se non pertinere. Verba sunt ex *versic. omnes autem.* Sane enim qui iustam caussam habet, cur putet rem suam esse, is bona fide possidet, eoque pœna dignus non est. Pœna, quam dixi, expressa est in constitutione his verbis: *Sancimus talem possessorem, ut prædonem intelligi, et generali ea jurisdictione teneri, quæ pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sit legibus.*

5 Teneri † ea jurisdictione dixit, pro *teneri eo jure*, quod constitutum veteribus legibus, ex his ipsis legibus dici solet. Quæritur, quodnam sit id jus, quod veteribus legibus sit constitutum adversus prædones et invasores pro restituenda possessione. Palam est, non intelligi *L. si quis in tantam*, *sup. eod.* cujus pœna non est pro restituenda possessione, sed de dominio amittendo, aut rei æstimatione præstanda.

Restat † igitur, ut interdictum *unde vi* 6
intelligitur, quo is, qui dejecto vetere possessore vacuam possessionem occupavit, teneatur; sitque hæc sententia, eum, de quo agitur, teneri ex hac lege eodem modo, quo prædo, si cum eo ex interdicto *unde vi* ageretur: ut scilicet non solum rem restituat, quam invasit; sed etiam omnia quæ ibi fuerunt, cum occuparet, quanvis ad eum non pervenerint. Et præterea ut de iis, quæ non pervenerunt, teneatur intra annum duntaxat, non etiam perpetuo, ut est jus de eo interdicto constitutum. L. 1. *in pr.* §. *rectissime*, *et seq.* D. *eo.* L. 2. *sup. eod.* Non obstet, quod scribitur in extremo hujus legis, ea, quæ de recipienda possessione hic constituta sunt a Justiniano, locum habere intra triginta annos. Apparet enim hoc scriptum esse de possessione, quæ pervenit ad eum, qui rem alienam occupavit, quia non recipitur, nisi quæ pervenit. De eo actio est perpetua etiam ex jure vetere L. 1. *in pr.* D. *unde vi.* Sed hoc ita interpretatur Justinianus ex posterioribus constitutionibus, dum actio non excedat triginta annos, *ex* L. *omnes*, L. *sicut*, *sup. de præsc.* 30. *vel* 40. *an.* Quod ad eas res non pertinet, quæ ad eum, qui non occupavit, non pervenerunt. Erit ergo de his jus vetus, ut is, de quo agitur, de istis rebus intra annum duntaxat teneatur. Nam qui vere prædo est, quique vi rem invasit, de his rebus, quæ ad eum non pervenerunt, non nisi intra annum tenetur. L. 2. *sup. hoc tit.* Multo minus qui vi non dejecit, sed tantum clam occupavit, tametsi pro prædone habeatur: de quo hæc lex lata est.

Erit † autem de his rebus actio, non do- 7
mino, sed veteri possessori, quoniam veteribus legibus possessores restituuntur. L. 1. D. *eod.* Itaque si vetus possessor dominus fuit, bene est: si non fuit, satis est, si pro domino rem tenuit: quod est possessoris. Denique cum is, qui rem invasit, pro prædone habeatur, sequitur, ut eo jure, quod est de prædonibus, condemnetur. Quo jure fit, ut res veteri possessori sine alia exceptione 8
restituatur. Quæsitum † est, quid opus fuerit hac constitutione, cum tam multæ leges fuerint veteres adversus eos, quis res alienas invaserunt. Justinianus initio constitutionis hoc diluit, dum si in hac specie pœnam constitutam volumus, negat res ad veteres leges pertinere. Et recte: nam qui rem sine vi occupavit, certum est eum neque interdicto *unde vi* teneri, neque *L. si quis in tantum sup. h. t.* Sed etsi clam occupaverit, non tene-

netur tamen interdicto *quod vi*, *aut clam.* Propositum est enim id interdictum non adversus eos, qui res alienas occupant, sed qui in rebus alienis aliquid vi, aut clam fecerunt. L. 1. D. *quod vi*, *aut clam.* Proinde ad pœnam in hac specie constituendam nova constitutione fuit opus. Hic occurritur. At saltem jure vetere in hoc genere fuit rei vindicatio adversus omnem, qui quo quomodo rem alienam quamlibet occupasset. Cui bono igitur nova actio constituta? Hoc rursum diluit Justinianus in extrema parte hujus constitutionis indicans ideo pœnam a se constitutam, quia vindicatio non sufficeret ad delictum coercendum. Delictum autem hic versari hoc ipso, quod quis rem alienam sciens invito domino, quanvis ignorante, contrectaret, prope non minus, quam si sciente eo aut vi contrectaret: argumento esse res mobiles, quibus invito domino contrectatis, non minus furtum facere intelligitur is, qui clam domino rem contrectat, quam qui invito domino rem eripuit. Idem igitur et in rebus immobilibus fuisse statuendum. Non potuit autem in his esse furti pœna: quoniam in res soli furtum non cadit, §. *quod autem*, *Inst. de usuc.* Ex quo vult intelligi hac constitutione opus fuisse. Ex his apparet vere scriptum esse in *L. invasor*, *sup.* de re, quam quis sine vi occupasset, pœnam nullam esse. Hoc enim verum fuit, cum lex illa scribebatur. Hic pœna constituta est, sed hoc secutum postea ad veteris illius juris emendationem, ut hic liquet. Itaque quin sit lex contraria, dubitari non debet; ut appareat stulte facere eos, qui in his conciliandis laborant, quæ Justinianus voluit esse contraria hac lege, ut priora emendarentur. Neque offendemur dicto Justiniani, qui in hoc Codice, ut et in Digestis negat ullum contrarium esse, si quis rem subtiliter attendat. *L.* 1. §. 1. *L.* 2. §. *contrarium*, *sup. de vet. jur. enucl.* Hoc enim ab eo dictum est de iis constitutionibus, quæ nondum in Codice exstabant, non de quinquaginta ejus decisionibus, quæ postea emendato Codici sunt insertæ, quas ad veteris juris emendationem consulto compositas esse constat. *L. unica*, *supr. de emend. Cod. Justin.* Est autem hæc constitutio una ex illis decisionibus, ut ex præfatione apparet: item ex subscriptione illa, *Post. consulatum Lampadii et Orestis.*

AD TITU-

AD TITULUM V.

COD. SI PER VIM, VEL ALIO MODO ABSENTIS PERTURBATA SIT POSSESSIO.

SUMMARIUM.

1. *Argumentum et sententia tituli.*

1 Occupata aliena possessione, † consulitur superiore titulo maxime præsentibus: hoc titulo absentibus, quorum possessio occupata sit, sive per vim, sive alio modo turbetur. Per vim turbatur absentis possessio tunc maxime, cum dejicitur: ad hanc speciem pertinet L. 1. Turbatur et tunc, cum possidenti vis fit, quo minus illi re sua libere uti liceat: quæ species ad hunc titulum non pertinet, sed ad interdictum *uti possidetis*, quo de ea re agitur. *L.* 3. §. *hoc interdictum*, *D. uti poss.* Alio modo, quam per vim possessio turbatur, cum clam absentis sine vi res occupantur, quod fieri prohibetur in L. *ult. hic*, ut appareat eam constitutionem ad hanc partem referri.

Ad L. Judices 1.

Imp. Constantinus A. Severo.

Judices absentium, qui cujuslibet rei possessione priváti sunt, suscipiant in jure personas, et auctoritatis suæ formidabile ministerium objiciant: atque ita tueantur absentes, ut id solum diligenter inquirant, an ejus qui quolibet modo, peregrinatur possessio ablata sit, quam propinquus vel parens vel proximus vel amicus vel colonus vel libertus seu servus quolibet titulo retinebat: nec eos qui dejecti sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis decisio caussæ mandata sit, ab experiunda re secludant: nec si servi sint, eorum rejiciant in jure personas, quia hujusmodi conditionis hominibus caussas perorare fas non sit. Sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus largiri convenit: ut eos momentariæ perinde possessioni sine ulla cunctatione restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen domino quolibet tempore reverso, actionem possessionis recuperandæ indulgemus: quia fieri potest, ut restitutio propter servos infideles vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel amicos, vel colonos, vel libertos interea differatur. Absentibus enim efficere non debet tempus emensum, quod recuperandæ possessioni legibus præstitutum est: sed reformato statu, qui per injuriam sublatus est, omnia, quæ supererunt ad disceptationem litigii, immutilata permaneant: judicio servato justis legitimisque absentibus personis: cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra præsentium violentiam subveniri. Datum X. Kalend. Novembr. Constantinop. Constantio VII. A. et Constante Cæsare III. Coss.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Absentem dejici dejectis iis, qui ipsius nomine erant in possessione.*
2. *His, qui absentis nomine tenuerunt, dejectis actionem absentis nomine dari hac constitutione, non aliis.*
3. *Prioribus absentis nomine actionem dari omnimodo, nulla habita ratione mandati, satisdationisve, status personæ, aut temporis, inter quod agitur.*
4. *Et dominis reversis quandoque actionem dari.*
5. *Restituta absenti ex hac lege possessione, nihilominus victo superesse proprietatis quæstionem.*
6. *Dejectis absentis nomine actionem dari: sed de possessione, non de rei proprietate.*

HAc lege consulitur absentibus qui sua possessione privati sunt, idest, qui dejecti sunt.

1 Hic † statim subibit quærere, quomodo absens possessione sua privari possit: neque enim potest, nisi dejiciatur. L. *naturaliter, D. de usurp. et usuc.* Quomodo autem absens dejici potest, qui in eo loco non est, unde eum dejectum dicimus? Et id fit hoc modo, si quis domi, aut in fundo reliquerit eos, qui absentis nomine rem tenerent, ut amicos, propinquos, servum, colonum, inquilinum, et similes, et hi dejiciantur. Nam uti dominus per istos possidet, L. *ult. sup. de acq. poss.* §. *possidere, Inst. de interd.* sic his dejectis, non ipsi, sed dominus per eos dejici intelligitur. *L. ult. D. unde vi.* Ad absentes hæc constitutio pertinet, ut declarant illa verba: *Possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens*, et quæ sequuntur. Sunt autem hujus constitutionis quatuor capita.

2 Primo capite † absenti dejecto, ut supra diximus, consulitur: ut non tantum ei reverso detur actio recuperandæ possessionis caussa, sed etiam eo absente, et ignorante detur iis, qui ejus nomine tenentes dejecti sunt, illis verbis, quæ sunt ver. 2. *nec eos, qui dejecti sunt, absentium nomine possidentes.* Quo loco quæsitum est: An aliis, qui absentis nomine rem non tenuerunt, agere liceat absentis nomine ad recuperandam possessionem. Et non puto aliis dari, quam qui absentis nomine tenuerunt. Primum alia verba, *nec eos, qui dejecti sunt*, ad hos tantum pertinent: quæ ideo ad alias personas porrigi non debent. Est enim hic jus singulare constitutum contra rationem juris. Proinde ejusmodi, quod ad consequentiam produci non debeat. *L. quod vero, et L. seq. D. de legib.* Deinde si aliis actionem dabimus, fiet contra sententiam hujus constitutionis, quæ absentibus consultum voluit, ut apparet ex illis verbis, quæ sunt in principio, *atque ita tueantur absentes.* Pessime autem absenti consulitur, si possessio ejus alii permittitur, quam ei, cui dominus ejus curam absens demandavit. Non obstat, quod in principio constitutionis jubentur judices absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipere in jure personas indefinite. Nam quas personas intelligat constitutio, postea declarat.

Ut † autem intelligeremus novum hic constitui, et antea inusitatum, sic iis, qui absentis nomine possidentes dejecti sunt, datur actio recuperandæ detentionis caussa: ut detur sine ulla exceptione, omissa quæstione an illis mandatum sit a domino, nec ne; an legitimam personam standi in judicio habeant; an non habeant; et an intra tempora interdicto *unde vi* constituta, agant, an secus. Primum non nocet eis, si forte a domino mandatum non habeatur. Hoc singulare, et præter rationem juris communis. Nemo enim alieno nomine sine mandato domini agere potest: exceptis quibusdam personis, de quibus in edicto de procuratoribus comprehensum est. *L. si pupilli*, §. *ult. L. si autem, in pr. D. de neg. gest. L. sed et hæ. D. de procur.* Quo loco quæsitum est, an ii, qui sine mandato domini absentis agunt, saltem satisdare debeant, dominum, cum redierit, rem ratam habiturum. Vulgo placet satisdare debere, quia quæ personæ ex edicto sine mandato experiri possunt; ab his saltem hoc exigitur, ut caveant dominum rem ratam habiturum. L. *Pomponius, in fi. D. de procur.* Ego puto satisdare non debere, idque satis effici his verbis constitutionis: *Judices ita tueantur absentes, ut id solum inquirant, an possessio absentis ablata sit.* Si solum hoc inquirendum est: uti non exigitur mandatum, sic nec satisdatio. Est etiam hujus rei hoc argumentum; quod si satisdationem exigemus, faciemus manifeste contra voluntatem constitutionis, cui propositum fuit, ut statim possessio in suum statum restitueretur, et ut esset, qui absentis nomine id posset omnimodo consequi. At si ab agentibus satisdationem exigimus, aut nolent judicium suscipere, quia se alieno nomine obligare nolent; aut non poterunt agere,

re, quia non facile fidejussorem reperire poterunt, qui idem spondeat, quod ipsi. Sed et omnes ad hanc actionem admittuntur, puta etiam servi. Hoc quoque singulare. Nam jure communi servi in judicio consistere non possunt. *L. servus, sup. de jud.* Postremo quanvis qui absentis nomine possidentes dejecti sunt, intra annum non egerint ad possessionem recuperandam, et eas res, quæ ibi fuerunt, cum dejiciebantur: nihilominus jubentur admitti. Hoc quoque singulare, et præter naturam interdicti unde vi. L. 2. *sup. tit. prox.* Sed cur istis post annum agentibus negligentia sua non nocet, cum omnibus juris error noceat, et multo magis contemptus *L. regula, et toto tit. D. de jur. et fact. ig.* Hoc eo fit, quod de re dejectorum non agitur, sed de re absentium, quibus alienam negligentiam fraudi esse non oportet. Sed huic parti objicitur *L. ult. item. L.* 1. §. *dejicitur, D. unde vi*, quibus in locis declaratur, cum hi, qui alieno nomine rem tenent, ut coloni, dejiciuntur, ipsos dejici non videri, sed dominos, ac proinde dominis solis interdictum competere. Cur igitur hac constitutione his actio recuperandæ possessionis caussa datur, cum ipsi dejecti non sint? Nempe quia non suo nomine agunt, sed absentium, qui vere sunt dejecti. Unde in constitutione jubentur judices tueri absentes. Et de his, qui dejecti sunt, sic loquitur constitutio: *Nec eos, qui dejecti sunt, absentium nomine possidentes:* ut intelligamus, hic absentium caussam agi, non eorum, qui dejecti sunt corpore.

Secundum † caput hujus constitutionis est in versic. *Cui tamen domino.* Hoc capite etiam domino reverso actio datur, quanvis post tempus interdicti constitutum redierit, quod et in jure vetere fuit. Nam annus, intra quem hoc interdictum competit, utilis est. L. 1. §. *annus, D. unde vi.* Est autem utilis, in quo non computantur ii dies, quibus absens agere non potuit. Sed ideo de eo in hac parte cautum est, ne putaremus eorum, qui possidentes dejecti sunt, negligentiam dominis absentibus nocere: si forte ipsi de recuperanda possessione agere cœpissent, et destitissent.

5 Tertium † caput et in illis verbis, *sed reformato statu*, huc pertinens, ut sive dominus reversus, sive ii, qui absentis nomine possidebant, in possessionem restituti sint, omnia immutilata maneant, quæ supersunt ad litigii disceptationem. Quibus verbis significatur, sic superiores personas recuperare possessionem, ut tamen caussa proprietatis integra maneat adversario: quæ sententia expressa est in *L. unica, sup. si de mom. poss. fu app.* Appellat Constantinus id, quod superest ad disceptationem litis, caussam proprietatis, idcirco: quia caussa possessionis et proprietatis una lis est, nempe sola proprietatis lis, cujus appendix et accessio tantum est caussa possessionis. Non enim agitur de possessione, nisi proprietatis controversiam, ut sciatur in caussa proprietatis, uter sit petitor, uter possessor. *L. exitus, D. de acq. poss.* §. *retinendæ Inst. de interd.* Unde utriusque dicitur esse una continentia in L. *nulli, sup. de jud.* Et jubetur utriusque caussæ unus judex esse, quasi unius litis judex, *ibidem.* Postremum caput est in his verbis: *Judicio servato justis legitimisque absentibus personis.*

6 Quod † et ipsum habet temperamentum superioris sententiæ initio positæ, quo cavet Constantinus, sic se iis, qui absentium nomine possidentes dejecti sunt, permittere actionem: ut tamen tantum agere possint de possessione, quam tenebant; judicium autem ipsum servetur justis et legitimis personis. Iudicium appellat κατ' ἐξοχήν, judicium proprietatis, quia hoc judicium præcipuum et principale judicium est, ut nominatur in *d. L. nulli sup. de jud.* Legitimas personas vocat eas, ad quas ea res jure et legibus pertinet, de qua re agitur.

Ad L. ult. Nec imperiale.

Impp. Arcad. et Honor. AA. Petronio *Vicario Hispaniarum.*

Nec imperiale responsum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris ex quacunque parte innovare possessionis statum, eo qui rem tenet absente, permitti, quia negotiorum merita partium adsertione panduntur. Dat. XV. Kal. Janua. Mediolani, Cæsario et Attico Coss.

S U M M A R I A.

1. *Nullius non convicti et damnati possesionem occupare licere prætextu cujusvis rescripti, aut sententiæ judicis: et hoc quid sit.*
2. Negotiorum merita partium adsertione pandi, *quam sententiam habeat.*
3. *Rescriptum, aut sententia judicis, cur nihil prosit ad possessionem absentis occupandam.*

1 VEtat hoc † rescriptum absentis non convicti et damnati possessionem occupare prætextu cujusvis rescripti, aut cujusvis interlocutionis judicis, quibus quis ad occupandam possessionem utatur. Finge hoc modo aliquem: consuluisse Principem, narrasse se vi dejectum ab eo, qui nunc peregrinetur; petere, ut in possessionem restituatur; Imperatorem rescripsisse, cum consultor dejectus sit, eum possessionem fundi recepturum: vel, cum quis idem exposuisset judici, et petiisset, ut restitueretur, judicem pronuntiasse, et quod hic dicitur, interlocutum esse, ut petitor rediret in possessionem fundi sui, ut est species in *L. judex, supp. comm. episto.* Dicemur neutrum ex his prodesse debere ad invadendam et turbandam absentis possessionem.

2 Ratio † redditur in hoc rescripto, quia negotiorum merita partium assertione panduntur. Cujus hic est sensus: ideo superiora nihil prodesse adversus absentem, quoniam illa ipsa hanc vim non habeant, ut adversus absentem sine judicio indicta caussa quidquam novi statuatur, quod jus fieri vetat. *L. negantes, sup. de obl. et act.* Ita semper caussæ cognitione, opus esse, ut cognoscatur meritum negotii, id est, an is, qui petit, mereatur obtinere id quod petit, et quia justum sit, et quia verum. Utrum autem justa caussa sit, et meritum id obtinendi, partium, idest, litigatorum assertione et disceptatione intelligitur. Præsentem igitur oportet esse eum, adversus quem quid statuere volumus.

Ideo † autem placet, rescriptum Principis 3
nihil prodesse ad occupandam possessionem absentis indicta caussa: quia quidquid Princeps rescribit fieri debere, id ita rescribit, si verum sit, quod exponitur, qua de caussa et judici adhuc cognoscendum relinquitur. Et quanvis Princeps sine caussæ cognitione aliquem absentem condemnaret: tamen rescripto stari non oporteret, quia est contra jus. *L. pen. de prec. Imp. off. L. ult. et prope tot. tit. sup. si cont. jus vel util. publ.* Et quod ad interlocutionem judicis attinet, certi juris est, nullam interlocutionem judicis caussa non cognita interpositam rei judicatæ vim habere. *L. ex stipulatione, sup. de sent. et interl. d. L. judex, supr. comminat. epistol.* Sententia non est absimilis ei quam exposuimus in *L. meminerint, sup. hoc tit.*

AD TITU-

AD TITULUM VI.

COD. UTI POSSIDETIS.

SUMMARIUM.

1. *Interdicta retinendæ possessionis duo*, Uti possidetis, *de rebus soli* Utrubi, *de rebus mobilibus. Appellatio unde*; *Vim utriusque olim diversam*, *nunc eandem*: *ut ex priore utrumque intelligatur.*

1 UT sunt interdicta † ad possessionem obtinendam quam non habemus, sive eam nunc primum adipisci volumus, sive recuperare quam amisimus, quæ hactenus proposita sunt: ita sunt interdicta ad retinendam, quam habemus, ex quibus ordine id subjicitur, quod appellatur, Uti possidetis, L. 1. §. *est igitur*, *D. eod.* Fuerunt autem retinendæ possessionis interdicta duo: *Uti possidetis*, et *Utrubi:* prius de rebus soli; posterius de rebus mobilibus. §. *retinendæ*, *Inst. de interdict.* Nomina ex initiis interdictorum data similiter, ut et in superioribus interdictis fieri diximus, quod ex interdictis patebit, quæ extant in *L. 1. D. uti poss. et* L. *unica*, *D. utrubi.* Ratio ista interdicta distinguendi hæc fuit. Alia enim conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia interdictum *utrubi* ei, qui possideret res mobiles. Postea obtinuit, ut eadem vis esset utriusque interdicti; atque ita in utrasque res tam mobiles, quam immobiles unum interdictum sufficeret, ut declaratur in §. *sed interdicto*, *Inst. de interd.* Hinc factum est, ut hoc loco unum tantum proponatur, *Uti possidetis*: scilicet quia quod de hoc dixerimus, idem etiam de interdicto rerum mobilium juris esse, intelligere debeamus.

L. Unica.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Cyrillo.

Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provinciæ vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet. Subscripta III. Id. Octob. Nicomediæ. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Interdicti* uti possidetis *vis et sententia*; *eadem et hujus L. 1.*
2. *Hoc interdictum possessori dari*, *et qui possessores habendi.*
3. *Etiam inter fructuarios*, *itemque inter fructuarium et eum*, *qui sibi usum defendit*, *hoc interdictum locum habere*, *quanvis possessores non sint*, *et cur.*
4. *Competere hoc interdictum etiam ei*, *qui vi*, *aut clam*, *aut precario possidet*, *dum non ab adversario*: *et hoc quid sit.*
5. *Interdictum* uti possidetis *duplex esse*, *quia in eo uterque actor sit et reus*: *et cur ita uterque.*
6. *Inter duos tantum detentores ejusdem fundi nunquam huic interdicto locum esse posse ita*, *ut ambo tanquam ejus fundi possessores haberi et defendi possint.*
7. *Tribus solum detentoribus ejusdem fundi propositis reperiri posse duos*, *quorum ambo pro possessoribus habeantur ex hoc interdicto*: *et quomodo id contingat.*
8. *Duos in solidum revera possidere non posse*, *non repugnare interdictum* uti possidetis, *quo non duo possessores fiunt*, *sed in re incerta pro talibus defenduntur.*
9. *Competere hoc interdictum ei*, *qui possidet tempore litis contestatæ.*
10. *Interdictum adversus eum*, *qui facit possessionis controversiam*: *et quibus rebus possessionis controversia fieri intelligatur.*
11. *Teneri hoc interdicto*, *qui possessionis controversiam facit*, *etiam si non dicat contra se possidere.*
12. *Eum*, *qui dejectus est*, *eo qui dejecit*, *in hoc interdicto superiorem esse*, *quid sit in* L. 3. in pr. D. uti poss.
13. *Interdictum* uti possidetis *cur conceptum de ædibus*

bus in L. 1. D. eod. *de fundo in* L. 1. C. eod. *cum competat de omnibus rebus soli.*

14. *Neque de rebus mobilibus, neque de servitutibus rusticis, aut urbanis interdictum* uti possidetis *etiam utile competere.*

15. *De jurisdictionis, deque juris vectigal aut alios reditus percipiendi quasi possessione non competere interdictum* uti possidetis, *quanvis utile, sed agi ad exemplum interdicti de itinere actuque privato.*

16. *Quarum rerum gratia detur hoc interdictum.*

17. *Interdictum* uti possidetis *de eo quanti ea res est, intra annum, eoque et pœnale: et cur.*

18. *Valde errare illos, qui putant illa verba,* uti possidetis, ita possideatis, *esse debere sententiam judicis in interdicto* Uti possidetis.

19. *Qualem sententiam iudicis esse oporteat in hoc interdicto ad possessionem uni possessori tuendam.*

20. *Possessori adversarium cavere non debere se eum in posterum impediturum non esse, quo minus possideat.*

21. *In præteritum ob vim possessori factam condemnationem judicis esse debere, quanti interest actoris vim ei factam non esse: et quid ea re contineatur.*

22. *Duobus possidentibus non aliam judicis sententiam esse debere in controversia possessionis, quam ut ambos in possessione tueatur, id est declaret utrumque possidere deinde jubeat utrumque possidere altero consentiente: invito altero vetet.*

23. *Refutata; quæ hic a Bartolo proponuntur in hanc sententiam: quasi videlicet inter duos qui possident, tamen unus possessor fieri debeat sententia judicis.*

24. *Incommoda diluuntur, quæ nasci videntur ex ea sententia, qua ambo litigatores jubentur ita possidere, uti possident.*

25. *Remedium hac lege unica proditum, quo inter duos possessores consequi possit judex, ut unus possessore habeatur, quo perveniatur ad petitoriam actionem, et id quale: et de sententia illorum verborum:* Ac satisdationis, vel transferendæ possessionis, *etc.*

26. *Satisdationem judicatum solvi recte non exigi ab eo possessore, quem solum talem esse, constat: ubi autem duo pro possessoribus habentur, recte exigi: si unus postulet ab adversario, aut ipse offerat, ut in interdicto* Uti possidetis.

27. *Uno ex litigatoribus satisdante, et possessore constituto, non ideò adimi alteri commodum possessionis.*

28. *Solam satisdationem judicatum solvi hic esse intelligendam, quæ ab eo exigatur, quem ex duobus possessoribus solum pro possessore haberi volumus; et in eam rem argumenta.*

1 Verba initio observanda, † quæ ita explicanda sunt: *Rector provinciæ vobis de possessione retinenda contendentibus vim fieri prohibebit* (supple, *quo minus ita possideatis*) *uti possidetis eum fundum, de quo agitur, cum alter ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis.* Idem et interdicto aliis verbis expressum est L. 1. *D. eod.* Summa ea, quam posuit Ulpianus in *d.* L. 1. §. *est igitur*, hoc interdicto nimirum prætorem possidenti vetare vim fieri, quo minus possideat, uti possidet. Quæ verba eo spectant, ut prætor vetet vim fieri non uni tantum ex litigatoribus, aut ambobus simul; sed modo uni, modo ambobus, prout scilicet hi possidebunt; uni quidem, si solus possidebit: ambobus autem, si ambo possidebunt, ut sit sententia: unum defendi, si possideat: defendi ambos, si itidem ambo possideant. Ex quo intelligimus, his hoc modo suam possessionem defendi, ac retineri. Id autem ita fieri, prohibente judice, ne possidenti vis fiat ab altero. Unde merito hoc interdictum dicitur prohibitorium, et ad retinendam possessionem, seu retinendæ possessionis, L. 1. *in pr. et* §. *est igitur. D. eo.* Id quomodo obtineamus ex hoc interdicto, ita facile assequemur, si dixerimus distincte: Quibus hoc interdictum competat, Adversus quos: Quibus de rebus: Cujus rei gratia: tum quod sit in hoc interdicto officium judicis de hac petitione. Quæ edicto breviter comprehensa sunt illa quidem, ut et hoc loco: sed brevius, et obscurius, quam ut inde facile intelligi possint, nisi explicentur: pleraque etiam in his obscura et difficilia explicatu: de quibus ideo sigillatim et attentius considerandum est.

2 Datur † hoc interdicum ei, qui possidet, his verbis, *Uti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* Possidere est animo, seu affectu domini tenere, ut Theophilus bene definivit in §. *idem placet, Inst. per quas pers. nob. acq.* quod et exemplis ejus loci liquido declaratur. Tenere rem hoc modo intelligitur, qui possessionem rei semel ingressus hoc animo, ut possideret, vel corpore est adhuc in possessione, vel egressus relinquit domi, aut in fundo eos, per quos possideret, puta colonum, aut inquilinum. §. *possidere, Inst. de interd.* vel etiam qui peregre profectus est nemine domi relicto: hoc animo tamen, ut retineret possessionem. Nam etiam animo solo possessio retinetur *d.* §. *possidere.* L. 3. §. *saltus, D. de acq. poss.* Animo domini is tenet, qui se pro domino esse vult, et pro domino se gerit. Soli autem possident, qui hoc

hoc animo rem tenent: qui alium dominum agnoscunt, et tanquam ab eo rem habent, ut sunt coloni, amici, servi, qui nomine domini sunt in possessione, hi tenent duntaxat, non possident. *d.* §. *possidere*, *L. certe* §. *is qui rogavit*, *D. de prec.* Ex quo intelligitur, si colonus, aut inquilinus controversiam possessionis patiatur: eum hoc interdicto experiri non posse ad retinendam possessionem: idemque de similibus dicendum est. *L.* 3. §. *creditores. D. uti poss.*

3 Quibus † consequens erat, ut nec fructuario vim patienti hoc interdictum competeret. Non enim magis possidet fructuarius, quam superiores. *d.* §. *idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acq. d.* L. *certe*, §. *is, qui rogavit*, *D. de prec.* Placuit tamen et inter fructuarios hoc interdictum reddendum; itemque inter fructuarium, et eum, qui sibi usum defendat. *L. ult D. eod.* Excepti videlicet ex superioribus ideo, ut videtur, quod si inter se committantur, ambo pro dominis et possessoribus se gerant, idque pari jure: ut dum uni defendetur possessio fundi, aut ædium, nulla fiat injuria adversario, qui eandem possessionem, et ex eadem caussa sibi defendebat. Aliter atque si his lis sit cum iis qui se vere possidere contendant. Neque novum est in hoc interdicto plus tribui fructuario, aut usuario, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter tenent. Nam et fructuario vi dejecto propositum est interdictum Unde vi *L.* 3. §. *unde vi.* D. *unde vi.* quod argumentum est, eum pro possessore haberi, quamdiu perseverat ususfructus: quoniam nec interdictum *Unde vi* datur, nisi dejecto: nec putatur dejici, nisi qui possidet. *L.* I. §. *dejicitur*, *D. unde vi.* Quo etiam argumento dici potest usufructuario adhuc retinenti hoc interdictum dari ad possessionem retinendam. Et vero id ratione collectum esse a veteribus, non autem ideo esse constitutum, quia fructuarius vere possideret, indicio erit, quod Paulus in *d.* L. *ult. D. uti poss.* non dicit, pro explorato hoc interdictum fructuatio reddendum, quod tamen dicendum esset, si vere fructuarius possideret: sed dicit se putare dicendum, quasi in re controversa, certe non explorata.

4 Ergo possidenti † solum hoc interdictum datur, in quo nihil interest, utrum quis juste possideat, an injuste. De eo, qui juste possideat, idest, bona fide, dum possessionem nanciscitur ab eo, quem dominum putat, nulla dubitatio est. *L.* 3. *in pr. D. eo.* Sed hoc amplius dicimus, quod edicto expressum est: etiam ei hoc interdictum competere, qui vi aut clam aut precario possidet, idest, qui injuste possidet: dummodo ab adversario non ita possideat: quod si possidebit, contra esse L. I. *in pr.* §. *ult. D. eo.* Vi ab aliquo possidet, qui eum vi dejecit, et ita possessionem tenet. *L.* I. §. *vi possidere*, *D. unde vi.* Clam possidet, qui possessionem furtive ingressus est, ignorante possessore, cujus controversiam metuit. L. *clam*, *D. de acq. poss.* Possidet precario is, qui ab alio precibus impetravit, ut sibi rem ejus possidere liceret L. I. *D. de prec.* quæ singula indicantur obiter in §. *sed interdicto*, *Inst. de interd.* Hoc igitur dicimus, si quis patiatur controversiam possessionis ab eo, a quo possessionem habet aut vi aut clam aut precario, ut supra, eum impune vim pati, quia sit ei hoc interdictum inutile. Quod si ab alio, quanvis ita possidebit, eum recte hoc interdicto usurum. *d.* L. I. §. *ult. et* L. I. *D. eod.*

Quemadmodum † autem uni, qui possidet, hoc interdictum datur: ita si ambo litigatores possidebunt, ambobus dabitur. Et quoniam fere semper ambo se possidere dicunt, ut declaratur in §. *retinendæ*, *Inst. de interd.* eo fit, ut interdictum ita sit conceptum, ut ad ambos litigatores referatur, his verbis: *Uti possidetis*, *quo minus ita possideatis*, *vim fieri veto.* Inde dictum hoc interdictum duplex esse, quia uterque et actor sit, et reus in hoc interdicto, L. 3. §. *hoc interdictum*, *D. eod.* §. *pen. Inst. de interd.* Uterque actor, quia uterque possessorem se esse intendit. Uterque reus, quia dum se possessorem dicit, simul adversarium negat possessorem, quod reorum proprium est. Et ut de uno possessore diximus, hoc interdictum ei competere, sive jure sive injuste possidebit: ita in duobus possessoribus receptum est, ut inter eos hoc interdictum reddatur tuendæ illorum possessionis caussa, sive ambo juste possidebunt, sive unus juste, alter injuste, id est, vi aut clam aut precario: dummodo nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat, ut verba edicti dilucide significant: sed apertius declaratur in *L.* 3. *in prin. D. eo.* 5

Quo † loco exsistit interpretibus magna et vetus dubitatio. Quæritur enim, quomodo fieri possit, ut duo in solidum ita possideant, ut prætori necesse fuerit ita dicere: *Uti possidetis*, *ita possideatis.* Movet dubitationem, quod non videtur fieri posse, si unus nunc possidet, et alter postea cœpit rem possidere, ut ambo possideant. Nam si 6

is,

hoc animo rem tenent: qui alium dominum agnoscunt, et tanquam ab eo rem habent, ut sunt coloni, amici, servi, qui nomine domini sunt in possessione, hi tenent duntaxat, non possident. *d.* §. *possidere*, *L. certe* §. *is qui rogavit*, *D. de prec.* Ex quo intelligitur, si colonus, aut inquilinus controversiam possessionis patiatur: eum hoc interdicto experiri non posse ad retinendam possessionem: idemque de similibus dicendum est. *L.* 3. §. *creditores. D. uti poss.*

3 Quibus † consequens erat, ut nec fructuario vim patienti hoc interdictum competeret. Non enim magis possidet fructuarius, quam superiores. *d.* §. *idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acq. d.* L. *certe*, §. *is, qui rogavit*, *D. de prec.* Placuit tamen et inter fructuarios hoc interdictum reddendum; itemque inter fructuarium, et eum, qui sibi usum defendat. *L. ult D. eod.* Excepti videlicet ex superioribus ideo, ut videtur, quod si inter se committantur, ambo pro dominis et possessoribus se gerant, idque pari jure: ut dum uni defendetur possessio fundi, aut ædium, nulla fiat injuria adversario, qui eandem possessionem, et ex eadem caussa sibi defendebat. Aliter atque si his lis sit cum iis qui se vere possidere contendant. Neque novum est in hoc interdicto plus tribui fructuario, aut usuario, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter tenent. Nam et fructuario vi dejecto propositum est interdictum Unde vi *L.* 3. §. *unde vi.* D. *unde vi.* quod argumentum est, eum pro possessore haberi, quamdiu perseverat ususfructus: quoniam nec interdictum *Unde vi* datur, nisi dejecto: nec putatur dejici, nisi qui possidet. *L.* I. §. *dejicitur*, *D. unde vi.* Quo etiam argumento dici potest usufructuario adhuc retinenti hoc interdictum dari ad possessionem retinendam. Et vero id ratione collectum esse a veteribus, non autem ideo esse constitutum, quia fructuarius vere possideret, indicio erit, quod Paulus in *d.* L. *ult. D. uti poss.* non dicit, pro explorato hoc interdictum fructuatio reddendum, quod tamen dicendum esset, si vere fructuarius possideret: sed dicit se putare dicendum, quasi in re controversa, certe non explorata.

4 Ergo possidenti † solum hoc interdictum datur, in quo nihil interest, utrum quis juste possideat, an injuste. De eo, qui juste possideat, idest, bona fide, dum possessionem nanciscitur ab eo, quem dominum putat, nulla dubitatio est. *L.* 3. *in pr. D. eo.* Sed hoc amplius dicimus, quod edicto expressum est: etiam ei hoc interdictum competere, qui vi aut clam aut precario possidet, idest, qui injuste possidet: dummodo ab adversario non ita possideat: quod si possidebit, contra esse L. I. *in pr.* §. *ult. D. eo.* Vi ab aliquo possidet, qui eum vi dejecit, et ita possessionem tenet. *L.* I. §. *vi possidere*, *D. unde vi.* Clam possidet, qui possessionem furtive ingressus est, ignorante possessore, cujus controversiam metuit. L. *clam*, *D. de acq. poss.* Possidet precario is, qui ab alio precibus impetravit, ut sibi rem ejus possidere liceret L. I. *D. de prec.* quæ singula indicantur obiter in §. *sed interdicto*, *Inst. de interd.* Hoc igitur dicimus, si quis patiatur controversiam possessionis ab eo, a quo possessionem habet aut vi aut clam aut precario, ut supra, eum impune vim pati, quia sit ei hoc interdictum inutile. Quod si ab alio, quanvis ita possidebit, eum recte hoc interdicto usurum. *d.* L. I. §. *ult. et* L. I. *D. eod.*

Quemadmodum † autem uni, qui possi- 5
det, hoc interdictum datur: ita si ambo litigatores possidebunt, ambobus dabitur. Et quoniam fere semper ambo se possidere dicunt, ut declaratur in §. *retinendæ*, *Inst. de interd.* eo fit, ut interdictum ita sit conceptum, ut ad ambos litigatores referatur, his verbis: *Uti possidetis*, *quo minus ita possideatis*, *vim fieri veto.* Inde dictum hoc interdictum duplex esse, quia uterque et actor sit, et reus in hoc interdicto, L. 3. §. *hoc interdictum*, *D. eod.* §. *pen. Inst. de interd.* Uterque actor, quia uterque possessorem se esse intendit. Uterque reus, quia dum se possessorem dicit, simul adversarium negat possessorem, quod reorum proprium est. Et ut de uno possessore diximus, hoc interdictum ei competere, sive jure sive injuste possidebit: ita in duobus possessoribus receptum est, ut inter eos hoc interdictum reddatur tuendæ illorum possessionis caussa, sive ambo juste possidebunt, sive unus juste, alter injuste, id est, vi aut clam aut precario: dummodo nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat, ut verba edicti dilucide significant: sed apertius declaratur in *L.* 3. *in prin. D. eo.*

Quo † loco exsistit interpretibus magna 6
et vetus dubitatio. Quæritur enim, quomodo fieri possit, ut duo in solidum ita possideant, ut prætori necesse fuerit ita dicere: *Uti possidetis*, *ita possideatis.* Movet dubitationem, quod non videtur fieri posse, si unus nunc possidet, et alter postea cœpit rem possidere, ut ambo possideant. Nam si is,

is, qui postea possessionem nactus est, eam nactus est juste et bona fide, non potuit nancisci, nisi a priore possessore ei rem tradente, quo casu prior possessor citra controversiam possidere desiit. *L.* 1. §. *si vir. L. quod meo*, §. *si furioso*, *D. de acquirend. possession.* Si posterior injuste cœpit possidere, non alia de caussa id fit, quam quia aut priorem possessorem vi dejecit: quod cum fit, etiam tum prior possessor amitti possessionem. L. *naturaliter*, *D. de acquiren. possess.* aut quia clam eo ingressus est possessionem, ac tum solus prior possidet. *L. clam possidere*, §. *ult. D. de acq. poss.* aut quia precario accepit a priore possessore: quo casu interdictum de precario redditur, non interdictum *uti possidetis.* Quid verbis opus est? loci in medio sunt, quibus diserte traditur, duos in solidum eandem rem possidere non posse, et in summa possessionis nihil interesse, juste quis, an injuste possideat. L. 3. §. *ex contrario*, *D. de acq. poss. L. si ut certo*, §. *ult. D. com.* Hæc illa est difficultas, quæ hanc partem interdicti dubiam reddidit, quæque in interpretatione L. 3. quæ est de hac parte. *D. eod.* peperit apud Accursium tot sententias. Nam dum hanc difficultatem expedire conantur: alii interdictum de uno possessore interpretati sunt, quem verbo plurali prætor alloqueretur, contra significationem verborum, et usum latine loquentium. Alii duos possessores sunt interpretati, quorum singuli pro parte possiderent, contra L. 3. *in pr.* D. *eod.* ubi Ulpianus duos proponit in solidum possidere. Alii duos quærentes, qui in solidum possideant, exemplum attulerunt ejus controversiæ, quæ esset inter proprietarium et fructuarium, quorum unus civiliter possidet, proprietarius; alter naturaliter, fructuarius: ambos autem prætor in sua possessione tuetur. Hoc rursum contra *d.* L. 3. *in princ. D. eod.* ubi Ulpianus proponit duos, quorum unus juste, alter injuste possidet. Constat autem fructuarium non possidere, ut supra ostendimus, aut si possidet, juste possidere, utpote ex justa caussa, non injuste. Sed laborandum non est. Fefellit eos, quod exemplum duorum in solidum possidentium, et ad hoc interdictum pertinentium quæsiverunt in duobus detentoribus. At in his fieri non potest, ut, si posterior sive injuste possideat, duo possideant simul: unus ex his tantum possidebit, ut ante ostendi.

7 Sed † res procedet hoc modo; si proponamus nobis tres detentores, Primum Secundum, Tertium: et Tertium possidere a Secundo, vel bona fide; vel vi aut clam aut precario, hoc modo: Primus, qui juste possidebat, peregre profectus est, nemine domi relicto. Eo absente Secundus clam occupavit possessionem. Exstitit deinde Tertius, qui a Secundo, quem dominum putabat, possessionem acciperet bona fide: aut qui Secundum vi dejiceret: aut qui ejus controversiam metuens, possessionem eo ignorante occuparet: aut qui precibus ab eo possessionem impetraret. In hac specie si proponas, Primum redire, et controversiam facere Tertio, aut a Tertio controversiam pati, ambo interdicto *Uti possidetis* recte agent, et ambos prætor tuebitur tanquam possessores. Primum, quia animo retinuit possessionem, quam ipse postea non amisit. Tertium vero, quia et is animo dominantis tenet. Nec ad rem pertinet, quod possidet injuste, nempe vi, aut clam, aut precario. Nam ab adversario Primo ita non possidet.

Sed objicitur † hic superior illa sententia 8
certi juris: duos in solidum possidere non posse. *L.* 3. §. *ex contrario*, *D. de acq. poss.* Nos de ea hoc recte respondebimus, revera et ad effectum juris, duos in solidum possidere non posse. Exempli caussa: in specie proposita, quia Primus possidet, idcirco nec Secundus, nec Tertius revera possident, quia vacuam possessionem non tenent. Et ideo quamvis Tertius possederit decem, aut viginti annos, idque bona fide, tamen non usucapiet, quia sine possessione usucapio non contingit. L. *sine*, *D. de usurp. et usuc.* Nunc autem hic non possideri, tantum ideo, quia Primus possidet, et duo in solidum possidere non possunt. At in interdicto *uti possidetis* veram possessionem non quærimus, quæ talis sit natura, aut jure, sed quæ pro tali habeatur, dum quis si vere possidere contendit, nec quidquam in præsentia proponitur, cur non ita esse convincatur. Intelligitur hoc satis ex eo, quod interdictum hoc solum vult spectari, an unus ab altero nec vi nec clam nec precario possideat. Et ideo in L. 2. *D. eod.* cum dixisset Paulus, justa an injusta sit possessio adversus alios, nihil referre, adjecit in *hoc interdicto.* Hoc idem Eguinario Baroni visum est *ad L.* 3. *D. eod.*

Est autem † animadvertendum, quod di- 9
cimus, hoc interdictum competere ei, qui possidet. Id enim valet, competere ei qui possidet, cum hoc interdicto agitur. Et hoc est, quod scriptum est in §. *sed interdicto*, *Instit. de interdict.* hoc interdicto eum vincere, qui possidet tempore litis contestatæ, quod ex verbis interdicti sumptum est. Nam

præ-

prætor in interdicto reddendo non dicit, *uti possedistis*, vel *uti possidebitis*, *ita possideatis*, sed *uti possidetis:* nempe nunc, cum interdictum redditur inter vos litigatores. Cum autem reddebatur interdictum, aut actio a prætore, tum apud eum lis contestabatur. Unde in usu juris hæc duo idem significant: tempus judicii accepti, et tempus litis contestatæ. *L. illud*, D. *de her. pet.* L. *cum fundus*, *D. si cert. pet.*

10 Datur † hoc interdictum adversus eum, qui possessionis facit controversiam. L. 3. §. *hoc interdictum*, *et seq.* D. *eod.* quod et ipsum sumptum est ex interdicto. Nam cum prætor vetat vim fieri, nimirum vetat fieri ab eo litigatore, cum quo agitur. Agitur igitur adversus eum, qui vim facit, ut desinat vim facere. Porro vim facere possidenti, nihil aliud est, quam controversiam possessionis facere: quod posterius tanquam planius juris auctores retinuerunt. Vis possidenti fit dupliciter: aut verbis, aut re. Verbis, cum in controversia proprietatis aliquis se possessorem dicit, et ita non patitur adversarium frui commodo possessionis in ea caussa: propter quam controversiam proprie interdictum est comparatum. Huc enim spectat interdictum *uti possidetis*, ut prius constituatur, uter nostrum sit possessor; sic deinde petitoria actio instituatur, ut declaratur in §. *retinendæ*, *Inst. de interd. et L.* 1. §. 1. *D. eod.* Re fit controversia possessionis, cum quis nos possessione uti prohibet, quomodo uti velimus: vel impediendo, ne quid in nostro faciamus: puta, ædificemus, agrum colamus, et quæ sunt generis ejusdem: vel in nostro aliquid faciendo, veluti, per fundum nostrum eundo, vel aquam ducendo, vel in nostrum aquam immittendo. *L. sicut*, §. *Aristo*, illic, *sed et interdictum*, *D. si ser. vend.* L. *vim facit*, D. *unde vi.* Hujus definitionis exempla sunt, quæ proponuntur in L. 3. §. 1. *et seqq.* D. *eo.*

11 Quo † loco notandum est, competere hoc interdictum adversus eum, qui re controversiam possessionis facit, quanvis se contra possidere non dicat. Argumento est, quod adversus eum, qui jure servitutis sibi aliquid sumat in nostro, hoc interdictum competit, *d.* L. 3. §. *si vicinus*, *D. eod. d. L. sicut*, §. *Aristo.* Certum est autem, eum, qui sibi servitutem a nobis deberi dicat, hoc fateri se rem nostram non possidere. Non tamen adversus omnem, qui possessionis controversiam facit, hoc interdictum competit. Non datur adversus eum, a quo actor vi aut clam aut precario possidet; idque verba ipsa interdicti efficiunt. Itaque si quis alium vi dejecit, patiatur controversiam possessionis ab eo, quem dejecerit: ipse quidem possidet, et adversus alios hoc interdicto experiri potest sed adversus eum, quem dejecit, a quo vi possidet, interdictum hoc illi inutile est. Et † hoc est, quod dicitur in L. 12
3. *D. eod.* eum, qui dejectus est, eo qui dejecit, hoc interdicto superiorem esse. Hoc enim sic interpretandum est: ideo esse superiorem, quia absolvitur, si cum eo agatur hoc interdicto. Non enim prohibebitur hoc interdicto vim facere; et ita absolvetur. Cæterum non ita superior est interdicto, ut pronuntietur possidere, atque ita possessio ab adversario ei restituatur. Nam hic, qui dejectus est, non possidet, quia possessionem amisit. *L. naturaliter*, *D. de usurp. et usuc.* Porro hoc interdictum possessorem tantum tuetur. L. 1. §. *pen. D. eod.* Sic fit, cum unus alterum dejecit, ut utrique agenti adversus alterum hoc interdictum sit inutile. Dejectori quidem, quia is vi ab adversario possidet. Dejecto autem, quia omnino non possidet. Neque obstat quod in *L.* 3. dicitur simpliciter, *dejectum hoc interdicto superiorem esse.* Hoc enim dicitur, cum is, qui dejecit, agit hoc interdicto: non autem cum egit hoc interdicto is, qui dejectus est. Nam isto agente nullum interdictum *uti possidetis* esse potest, quia non possidet.

Datur hoc interdictum de possessione rerum soli, idest, de fundo et ædibus. L. 1. §. 1. *et* §. *pen. D. eod.* §. *sed interdicto*, *Instit. de interd.* Unde intelligimus, prætorem in edicto pollicitum esse generaliter, se hoc interdictum daturum, si de possessione rerum soli controversia esset. Cur † igitur 13
in interdicto appellantur ædes tantum in L. 1. *D. eod.* alias tantum fundus; ut in hac lege? Quia in interdicto concipiendo hoc necesse fuit facere prætori. Interdictum enim omne ad præsentem controversiam refertur. Controversia autem præsens omnis in rebus soli aut est tantum de ædibus, aut tantum de fundo.

Quæsitum est, † an hoc interdictum saltem 14
utile competat de rebus mobilibus, aut incorporalibus. Dicendum est, nullo modo competere, ne utile quidem. De rusticis servitutibus sunt interdicta nominatim constituta, de itinere actuque privato, de aquæductu, de fonte, de rivis de cloacis Tit. *de itinere actuque privato*, *et seqq.* Eaque interdicta proposita sunt non possidenti, ut hoc interdictum, sed ei, qui hoc anno usus est, vel superiore æstate, et si quæ sunt, similia.

De

De servitutibus urbanis nulla sunt interdicta nominatim proposita; sed non ideo de earum possessione hoc interdicto utimur: quia est supervacuum, quod ita facile probabitur. Nam interdictum *uti possidetis* ideo comparatum est, quia in rebus soli controversia de possessione moratur petitoriam actionem, neque potest ea controversia dirimi, nisi judicio. Dirimitur autem hoc interdicto. Cessat utrumque in controversia de servitute. Nam etiam si non constet, utrum is, qui sibi servitutem deberi dicit, sit in servitutis possessione, nec ne: tamen nulla affertur petitioni servitutis mora, quoniam servitutem petere potest, tam qui possidet, quam qui non possidet. L. *et si forte*, §. 1. D. *si servit. vend.* Deinde si quæratur, uter sit possessor: nihil judicio opus est ad hanc quæstionem dirimendam, quia natura ostendit, uter sit possessor servitutis urbanæ. Exempli gratia: Si quis dicat sibi deberi servitutem tigni immittendi: is possessor servitutis habetur, si tignum sit immissum. Idemque de cæteris dicendum est, si quis factum id habeat, quod proprium est servitutis. *d.* L. *et si forte*, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quæritur*, D. *si ser. vind.* Hoc autem an tignum immissum sit, testibus non probatur; sed oculis, modo in rem præsentem veniatur. Nihil ad rem facit in contrariam sententiam, quod scriptum est in L. *quoties*, §. *ult. D. de servit.* possessoria interdicta esse constituta de via et alio jure fundi. Hoc enim dictum est de interdictis, quæ a prætore constituta sunt nominatim de servitutibus rusticis, de quibus supra diximus: in quo genere non est interdictum *Uti possidetis*, quod constat de rebus soli esse propositum, idest, de fundo et ædibus. Multo minus ad rem pertinet, quod in L. *sicut*, §. *Aristo*, *D. si serv. vind.* dicitur, si quis in alieno faciat aliquid jure servitutis, competere domino in eam rem interdictum *uti possidetis.* Nam hic interdictum non datur pro servitute; sed contra servitutem ad retinendum fundi nostri, aut ædium possessionem adversus eum, qui facto suo ejus possessionis nobis faciat controversiam.

15 De † jurisdictionis possessione, item de possessione juris vectigal, vel alios reditus percipiendi quæsitum est? Sed ne de his quidem hoc interdictum quanvis utile dabitur. Potius de istarum rerum quasi possessione agetur ad exemplum interdicti de itinere actuque privato, ut is scilicet in hujus juris possessione vincat, qui eo jure hoc anno usus erit nec vi nec clam nec precario ab adversario. Et certe de itinere actuque privato hoc jus constitutum esse Ulpianus scribit, quia plerumque itineribus, vel via non semper utimur. *L.* 1. §. 1. *D. de iti. act. pri.* Si ergo idem jus in jurisdictione, quia et ipsa perpetuo uti non possumus.

Competit † hoc interdictum duarum re- 16
rum gratia. Una et præcipua hæc est, ut qui possidet ita possideat, ut sunt interdicti verba. Id est in summa, datur interdictum; ad retinendam possesionem. Unde dictum, retinendæ possessionis. L. 1. §. 1 *et* §. *est igitur*, *D. eod.* §. *retinendæ*, *Inst. de interd.* Altera res est in præteritum tempus ut is qui vim facit, quo minus possideamus, damnetur in id quod nostra interest, nobis vim factam non esse. *L.* 1. in interdicto his verbis, *neque pluris*, D. *eod.*

17 In † quo illud animadversione dignum est, quod de hac parte intentionis constituta est actio a prætore duntaxat intra annum utilem, ex quo vis fieri possidenti cœpit. Unde intelligimus, hactenus pœnale interdictum esse: alioqui perpetuum esse, non intra annum. *L. in honorariis*, D. *de obl. et act.* Pœnam autem hæc pars eo videtur continere, quod datur ejus quod interest nomine de eo, quod ad adversarium non pervenit: et præterea datur ei etiam qui injustus interdum possessor est, nempe qui vi aut clam aut precario possidet, non ab adversario: ut sic actor persequatur id, quod sibi ex patrimonio non abest: in quo pœnæ persecutionem ponimus. *d.* L. *in honorariis.*

Deinceps videamus, quam sententiam ju-
dicis de his rebus esse oporteat. In † quo 18
prius de verbis sententiæ monendi sumus, judicem non debere ita sententiam ferre, ut verba interdicti concepta sunt, puta, *uti possidetis vos litigatores*, *ita possideatis*, *adversus id vim fieri veto.* Nam valde errat, si quis illis verbis sententiam prætoris de possessionis controversia contineri existimat. Illis verbis exprimitur interdictum prætoris, idest, formula judicii de possessione, quam solebant prætores olim reddere litigatoribus, quo tempore formulæ judiciorum in usu erant, quæ postea sunt sublatæ. Tit. *de formul. et imper. act. sub. sup.* His formulis prætores de jure pronuntiabant sub conditione facti, *Si hic*, *aut ille possideret*: *Si Lucius Titius mutuum dedisset: Si Lucius Titius furtum fecisset*: et remittebatur res ad judicem, qui de re et facto cognosceret, deinde de jure secundum formulam pronuntiaret. Longe alia ratio sententiæ judicis: hæc certa esse debet. §. *curare*, *Inst. de act.* Incer-

certa nullius momenti est Tit. *de sent. quæ sin: cer. quan. sup.* Denique sententia ea est demum, quæ controversiam dirimit, nec aliter judex iudicare debet L. 1. *D. de re jud.* Jam vero in hoc judicio controversia est, uter ex litigatoribus possideat, aut an ambo possideant. Ita hanc controversiam a judice dirimi oportet, et certo pronuntiari aut ambos possidere, aut unum, aut neutrum, et si quis possidet, dici, quis possideat.

19 Hæc † de verbis sententiæ dicta sunt. In jure autem qualem sententiam dicat, cum quæritur de hoc interdicto, etiam atque etiam considerandum est. Et multum interest, utrum unus tantum ex litigatoribus possessor sit an ambo possessores. Si unus tantum possessor est: officium judicis est, ut eum possidere pronuntiet, non enim possessionem ei dat judex; sed eam quæ est, declarat, ut de domino et servitute dicitur in L. *et ex diverso.* §. 1. *D. de rei vind.* L. *sicut*, §. *sed si quæritur*, D. *si ser. vind.* Deinde hanc possessionem ita confirmabit, ut condemnet adversarium in futurum, nec vim faciat possidenti, quo minus ita posssideat, ut verba interdicti indicant.

20 Sed † an adversarius cavere debet possessori, se eum in posterum impediturum non esse? Et hoc plerisque placet, ut Bartolo hic, et Duareno *lib.* 2. *disput. cap.* 21. argumento servitutum viæ, itineris, aquæductus: in quibus si dominus fundi de earum possessione victus sit: jubetur adversario cavere se non impediturum euntem, agentem, aquamve ducentem, L. *pen. D. de aq. quot. et æsti.* Aliis non probatur: quorum sententia, ut mihi videtur, vera est. Nam quod hæc cautio in servitutibus nominatim exigitur a victo, vel hoc ipsum argumentum est, in controversiis rerum corporalium a victo eam exigendam non esse. Nam et cum quis in confessoria actione de servitute judicatus est servitutem debere, cautio superior ab illo exigitur. *L. legi*, *L. harum*, *D. si ser. vind.* Et tamen inter omnes convenit, in controversiis de propietate rerum corporalium nullam talem cautionem a possessore exigi. Non recte igitur, quod de genere servitutum dicitur in hac specie, ad res corporales transfertur. Et certe differentiæ ratio est in promptum, quam bene reddidit Baro ad L. 1. *in pr. hic.* nempe hæc, quod nihil sit in servitute, quod dominus, qui de servitute victus est, restituat corpore: servitutis namque nulla est possessio. L. *quoties ult. D. de ser.* Et ob eam caussam subsidio exigitur cautio a victo, quæ si pro servitutis restitutione. Nihil tale in rerum corporalium possessione: quandoquidem possessio rei corporalis restitui potest, qua restituta, inepte quærimus aliud, quod restitutionis vice fungatur.

Hæc † ergo de possessione et ejus tuitione judicis sententia erit. In præteritum vero, prout petitum erat, ita adversarium condemnabit in id, quanti interest victoris sibi vim factam non esse. Ubi non corpus ipsum rei æstimabitur, idest, quanti res ipsa est, de cujus possessione agitur; sed possessio ipsa, sive quanti interest possessionis possedisse sine interpellatione. In quo continentur fructus et mercedes quibus actor idcirco caruit, quia vis ei facta est, quo minus re libere uteretur: quæ sententia est L. 3. §. *ult. D. eodem.* 21

Hæc † de uno possessore. Longe alia caussa est, si ambo pronuntientur possidere. Nam hic neque unus alteri condemnabitur in id, quod alterius interest, neque prohibebitur unus vim facere alteri, quo minus possideat libere. Quod ut intelligatur, sic habendum est, naturam non pati, ut duo libere in solidum possideant. Nam libere possidere est re uti quomodo velis, ut significatur in L. *sicut*, §. *Aristo*, vers. *sed et interdictum*, *D. si ser. vind.* Uti autem quomodo velis, et ab usu rei prohibere cæteros, ut indicatur in eo §. *Aristo*, Ita fit, ut uno utente, alter uti non possit. Quocirca duorum possessorum in solidum hæc est conditio jure, ut uterque re possessa uti possit altero consentiente: cum scilicet dividunt usum aut temporibus, aut regionibus: idest, ita, ut aut alternis utantur; aut dividunt regiones, quas singulis attribuant. Cæterum invito altero neuter uti potest: et si unus utetur, alter prohibendi jus habet. Nam si in re communi, quæ a duobus pro indiviso possidetur, neuter altero invito in ea re quidquam facere potest, sed alter prohibendi jus habet: L. *Sabinus*, *D. com. divid.* multo magis id tum dicendum est, cum duo non pro parte licet indivisa, sed singuli in solidum possident. Hoc constituto, duo sunt consequentia, ut dixi. Primum illud, si quis alterum impedierit, quo minus libere possideat; tamen eum in id, quod adversarii interest, condemnari non debere. Jure enim impedivit qui prohibendi jus habuit. Quod autem jure fit, pœnam non meretur. L. *Gracchus*, *infr. de adult.* Alterum, non debere judicem in futurum prohibere, ne alter alteri vim faciat, quo minus possideat: quoniam singuli ita possidere non possunt sine 22

vi, quin alter simul possidere prohibeatur, ut supra ostendi. Nunc autem ambo jubendi sunt ita possidere, uti possident. Restat igitur, ut in duobus possessoribus talis esse debeat sententia judicis, ut primum declaret ambos possidere: indicat Ulpianus in L. 3. *in princ. D. eod.* cum ita scribit in hac specie: *nam et tu possides, et ego.* Deinde jubeat judex utrumque possidere altero consentiente, altero invito vetet. Quo modo intelligetur judex secundum verba interdicti jubere, ut litigatores ita possideant, uti possident. Sic enim in solidum possident, ut dixi: ut singulis sit jus prohibendi, ne se invito alter possideat. Neque vero aliam sententiam judex ferre potest, ubi ambo possident.

23 Scio † multa scripta esse a Bartolo, quibus efficere conatur, ut unus tantum possessor fiat sententia judicis, aut ut duobus possessoribus constitutis, inter eos sententia judicis componatur: sed in his nihil idonei attulit. Non enim probandum est, quod dicit, eum solum a judice pro possessore habendum esse, qui antiquiorem possessionem habet, quasi posterior possessor clam possideat. Nam scimus in hoc interdicto non quæri, quamdiu quis, aut quam pridem possederit, sed an possideat tempore litis contestatæ: et eum, qui eo tempore possideat, vincere hoc interdicto §. *sed interdicto*, *Inst. de interd.* Sed nec ad rem pertinet, si posterior clam possideat; dummodo non possideat ab adversario, ut interdicti verba ostendunt, L. 1. §. *ult. D. eod.* Multo minus probandum est, quod dicit eum potiorem esse debere qui probabitur cum titulo possidere: cum appareat ex interdicto prætorem eum tueri, etiam qui vi aut clam aut precario possidet; dummodo ab adversario ita non possideat. Ne illud quidem verum est, quod dicit, spectandum esse, ab utro sint plures testes, et magis idonei: ut a quo sunt is vincat, argumento *L. ob carmen*, §. *ult. D. de testib.* Hoc enim tunc recipiendum est, ubi ex testibus uni affirmant, quod alii negant, ut incertum sit, quibus fides habenda sit. Tum enim necesse est, rem numero, aut auctoritate ponderari. At cum testes partium de rebus diversis testimonium dicunt, etiam duo fidem facient pro eo, a quo producuntur, nisi refellantur. *L. ubi*, *D. de testib.* Quod in hac controversia possessionis accidit, ubi singuli probando se possidere, idest, rem affectu domini tenere: non ideo etiam negant adversarium ita tenere, unde et ambos tuetur prætor. Quod autem ille scribit, cum in pari caussa duo possessores esse pronuntiantur, judicem pronuntiare debere eos esse possessores pro parte indivisa, ut concursu partes faciant: tale est, ut non minus, quam superiora, interdicto refellatur. Nam si in solidum possident, ut in primis possident: necesse est ex interdicto juberi eos ita possidere, ut possident: idest, in solidum, quia in solidum, possident. Neque vero recte usus est in hac re exemplo plurium, quos prætor mittit in possessionem damni infecti nomine, qui dicuntur concursu partes facere. L. *si finita*, §. *cum autem*, D. *de dam. infect.* Nam hoc recte facit prætor in iis, quos ipse possessores facit, quales sunt, quos ipse mittit in possessionem. At cum duo ante possident, et inter eos incidit controversia de possessione, sic ad prætorem et judicem veniunt, ut possessionem suam retineant hoc interdicto: neque aliud officium judicis est, aut prætoris, quam ut ita jubeat eos possidere. Effectum est igitur, talem sententiam judicis esse debere, qualem dixi.

Sed † video, quæ contra dici possint, 24
ne hujusmodi sententia recipiatur. Nam ex ea hæc sunt incommoda duo. Primum, quod si litigatores de possidendo non consenserint, et ita non possidebunt: necesse erit rem negligi, atque ita fructus et rem ipsam utrique perire. Alterum, quod si unus altero invito possidere volet, eveniet, ut ab adversario prohibeatur; quamobrem et veniet res ad rixam et arma: quæ prohibere officium est boni prætoris et judicis, ut declaratur in L. *si cujus* 13. §. *sed si inter duos*, D. *de usufr.* Verum adversus ista incommoda hoc remedium est, ut unus satisdet eo modo, quo paulo post dicemus: si neuter satisdedit, hoc relinquitur, ut inter se de possessione consentiant. Si non consentient, ipsi se concursu impedient; ut de duobus fructuariis responsum est, quibus ususfructus legatus est alternis annis, et ambo primo anno frui volunt, de quo scriptum est in L. *quoties*, D. *de usufruct.* In quo si quid incommodi est, de se queri debent, non de judice, qui id pronuntiavit, quod natura judicii ab illo exigebat. Nam quod dicitur prætorem non debere pati, ut litigatores ad rixas et arma procedant, tunc locum habet, cum prætor potest litigatores jurisdictione sua componere, ut adjectum est in L. *si cujus*, §. *sed si inter.* Nunc autem in hoc judicio res aliter componi non potest, quam ut qui in solidum possident, ita jubeantur possidere. Sed rursum ex hac re incidimus in id postremum incommodum, quod vita-

vitari non potest, si pronuntientur ambo possidere. Nam hoc interdictum comparatum est: ut pronuntietur unus possessor esse: ut scilicet eo invento possit petitoria actio institui, in qua unus possessor esse debet; alter non possessor, sed petitor. §. *retinendæ, in Institut. de interdict.* Atqui duobus possessoribus in solidum constitutis aperte facimus contra hunc finem; neque ad petitoriam actionem, sive ad caussam proprietatis pervenire possumus. Et hoc verum esse fateor, idemque et in hac re accidere intellexerunt veteres; quam etiam ob caussam et huic incommodo remedium quæsitum est, de quo mox dicam. Quod sane non alio spectat, quam, ut quamvis revera ambo litigatores possideant sententia judicis, tamen unus possessor constituatur, ut sic judex deinceps possit de proprietate cognoscere. Est autem id remedium, quod subjicitur in *hac L. u-*
25 *nica*, illis verbis; *Ac † satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.* His verbis, inquam, traditur remedium id, quod jam dixi. Remedium tale est: Unus ex litigatoribus offeret alteri satisdationem judicatum solvi, qua continetur, ut caveat se rem controversam curaturum; et si adversarius de proprietate vincet, se ei et rem et fructus et omnem caussam restituturum: quoniam scilicet ita judicabitur, idest, condemnabitur. Si recipitur hæc satisdatio ab eo cui offertur, qui ita satisdabit, solus possidebit. Si non satisdabit, transfertur ab eo possessio in adversariam eadem conditione, si et ipse vice mutua satisdabit: quo casu et ipse solus possessor habebitur. Ita plane intelligetur, uter sit possessor, uter petitor. Atque id ita fieri debere docet forma hujus satisdationis edicto perpetuo constituta. Hanc sententiam esse hujus loci interpretor: quam convenientem esse huic loco, intelligi potest ex iis, quæ de satisdationibus hujus generis referuntur Titul. *Instit. de satisdat. in prin.* Illic traditur, a possessore qui rei vindicatione convenitur, olim exigi solitam satisdationem judicatum solvi. Exigi autem solitam hanc edicto perpetuo, licet existimare ex eo, quod et cæteræ satisdationes, de quibus illic agitur, edicto perpetuo injungebantur: argumento sunt satisdationes, quæ a procuratoribus et defensoribus illic exiguntur, de quibus edicto de procuratoribus comprehensum esse constat. Quo minus autem dubitemus eam satisdationem hoc loco accipere, Asconius faciet, qui testatur eam ipsam usurpari solitam in lite vindiciarum, idest, in lite, quæ est de possessione, de qua ipsa nunc agitur. Sic enim ille scribit in 3. *actione in* Verrem. *Vindiciarum lis est, cum litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum est, quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisdat pro præde vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium est.* His verbis, non aliam plane satisdationem significat, quam illam ipsam judicatum solvi, quæ olim exigebatur a possessore. In quo jus illud vetus superius, quod exstare dixi in Institutionibus, aperte confirmat. Potest tamen videri Asconius loqui de alio genere satisdationis: propterea quod satisdatio judicatum solvi præcipue concepta est de re restituenda et judicato faciendo. Asconius autem meminit ejus satisdationis, qua possessor hoc solum cavet, nihil se in re possessa deterius facturum. Sed nihilominus his verbis idem illud prius sensit: certe sentire debuit. Quo enim de re recte tuenda caveri adversario, si hæc illi restitui aliquando non debet? Quod si ei vincenti restitui debet; omnino et de re restituenda, ac judicato faciendo ei cavendum fuit. Ita fit, ut de ea satisdatione Asconius sentiat, quæ dicitur in usu juris *Judicatum solvi*: ea ipsa, de qua apud Justinianum scriptum esse ante dixi, et de qua in controversia possessionis hoc loco Imperatores senserunt.

Quid, si ambo litigatores volent satisdare, ut sic possessionem apud se retineant? Dicendum est eum in satisdando præferri, cui satisdatio oblata est ab adversario, ut fit, cum ad tutelam gerendam unus ex pluribus tutoribus satisdationem offert aliis contutoribus suis. Nam is præfertur in satisdando, cui satisdatio oblata est, ut is solus tutelam administret, ut declaratur in §. 1. *Inst. de satisd. tut.* Quid, si is, cui satisdatio oblata est, non satisdet? dicemus ab eo possessionem transferri in eum, qui obtulit. Docet id forma in omnibus edictis satisdationem alicujus rei caussa exigentibus servata: qua placet non satisdantis pœnam hanc esse, ut denegetur ei id, propter quod satisdatio exigebatur. *L. mutus*, §. *pœna*, *D. de proc.* Indicat et forma servata in iis caussis in quibus a possessore exigitur satisdatio. Ut, cum heredem, a quo res fideicommissæ petebantur, cum appellasset, constitutum est cavere debere, et id ante sententiam: si non caveat, placet ad adversarium possessionem transferri debere. L. 5. §. 1. *D. ut leg. seu fid. no. cav.* Paulus *lib.* 1. *senten. tit. de satisd. in pr.* Sed adjiciemus hac lege transferri

ri possessionem in adversarium, si et ipse satisdet ei, a quo possessio transfertur. Quod quidem hic prætermissum est: sed satis intelligitur illis verbis, quibus jubetur forma edicti perpetui servari. Intelligimus enim edicti hanc formam fuisse, ut is quoque vice mutua satisdaret, in quem possessio transfertur: quia edictum sic tuebatur possessorem, si satisdaret judicatum solvi. Sed dubitatio sublata est *d.* L. 5. §. 1. *ut leg. no. cav.* ubi nominatim ita transfertur in adversarium possessio, si ipse satisdet. Uter autem satisdabit, hic solus pro possessore habebitur. Ita fiet, ut jam possit præses de proprietate cognoscere, ut hic dicitur, non ante: quoniam hoc non constituto uter possessor sit, petitoria actio de proprietate, ut ante diximus, institui non potest. Ex quibus intelligitur, interpretationem superiorem et verbis convenientem esse, et formæ veteris dicti consentientem; et ad perplexitatem, quæ hic incidit, removendam quam maxime accommodatam: proinde si nihil aliud evidens contra proponatur, quam maxime retinendam.

Sed animadverto ei duo objici posse: de quibus sigillatim respondebo. Primum illud ipsum jus, quod de hac satisdatione ducimus ex Tit. *Institut. de satisd.* Esto enim, fuerit jus illud vetus, quod dixi, ut a possessore exigeretur satisdatio *judicatum solvi.* At hoc ibidem sublatum est in §. *sed hodie.* Illic enim nunc eam non exigi scriptum est, cum quis actione in rem convenitur.

26 Sed sciamus, † nihil his verbis de jure superiore in hac specie, de qua agimus, immutari. Scriptum enim id est in ea specie, cum unus tantum ex litigatoribus possessor est, et de eo constat. Hic enim demum est, qui in rem actione convenitur, §. *retinendæ, Inst. de interdict.* Ab eo vero possessore recte hodie receptum est, satisdationem istam *judicatum solvi* non exigi. Fit enim illi injuria, si dum non satisdat, possessio illi aufertur, quæ ipsius erat: et si præsertim si non possit satisdare. Sed etsi possit et nolit, tamen injuriosum est satisdationem ab illo exigere. Nemo enim aliena petitione et alieno facto onerari debet. *L. in caussæ, in fin. princip. D. de procur.* Est etiam contra hoc interdictum, quod tuetur possessorem. *L.* 1. §. *penult. D. eod.* Nam si possessio ei aufertur, possessorem non tuemur: si satisdat, et ita apud eum manet possessio, ne sic quidem eum tuemur: hoc enim est non possidentem tueri, sed satisdationem. Bene igitur, ut dixi; ab eo, quem solum possessorem esse constat, satisdationem *judicatum solvi* non exigimus, de quo in edicto §. *sed hodie*, scriptum est. Sed alia caussa est, cum duo sunt possessores. Hic uno satisdationem offerente, ab altero satisdationem exigimus, aut ab eo possessionem transferimus, quia hic necessaria est ista satisdatio, ut constituatur unus, qui solus pro possessore habeatur: quo non costituto, ut ante dixi, petitoria actio institui non potest. Neque fit alteri non satisdanti injuria; quoniam si is de proprietate vicerit: satis ei et de re et de fructibus atque omni caussa cautum est per satisdationem. Porro in hac lege agi de his, qui ambo possident, primum declarant illa verba, *cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis,* deinde, quod satisdatio ea de caussa hic exigi videtur, ut sic præses de proprietate possit cognoscere. At hoc tunc solum facere necesse est, cum ambo possident, ut sic per satisdationem unus possessor constituatur; non est tunc necesse, cum constat unum tantum esse possessorem, quoniam et sine satisdatione ulla adversus eum potest rei vindicatio institui.

Alterum † etiam incommodum obstat superiori sententiæ. Nam si eum, qui satisdat, possessorem constituimus, adimimus alteri commodum possessionis, cum jubemus eum petitoris partes sustinere: quod commodum illi adimi non debuit, cum possessor fuerit. Sed facile vitiatur hoc incommodum, si quis ex litigatoribus antiquiorem possessionem habeat cum titulo, quamvis nec satisdationem offerat. Nam hic semper potior erit in caussa proprietatis, sive ipse satisdabit, sive adversario satisdante petitoris partibus fungetur. Cum enim duo rem aliquam a duobus non dominis acceperunt, is potior est, qui solus possidet. Si ambo tenent, is tuendus est, qui primum cœpit possidere. L. *si ea res*, §. *ult. D. de act. em.* 27

Cum † hæc interpretatio convenientissima est huic loco; tum vero ut solam huic loco convenire putem, hac collectione sum confirmatus. Nam si ex duobus litigatoribus unum volumus esse possessorem, alterum reum, eumque vinci de possessione, et hic locum esse putamus illi satisdationi, de qua hic agitur: necessse est eam aut a victo exigamus, aut a victore eodemque possessore. A victo nulla est, quæ exigatur, nisi hæc, ut satisdet, se possessorem eundemque victorem non impediturum, quo minus possideat. At hæc cautio in servitutibus tantum exigitur, quod exemplum ad res corporales transferendum non est, ut supra docuimus. Sed in servitutibus cautio tantum exigi- 28

gi-

gitur in hac specie, non satisdatio, ut patebit ex iis locis, quos de hac re citavimus: nunc autem de satisdatione hic quærimur. Sed nec a reo victo exigitur translatio possessionis, quanvis juste possideat. Etsi enim is possideat vi ab actore, quo nomine et ab eo victus est: tamen possessio in actorem non transferetur ex hoc interdicto; quoniam non est interdictum recuperandæ possessionis. *L.* 1. §. *est igitur*, *D. eod.* Itaque cum hanc sententiam posuisset Franciscus Duarenus *lib.* 1. *Disput. capit.* 21. merito videtur notatus a Barone *hoc titulo*: item a Cujacio *lib.* 1. *recept. sentent. Pauli titul.* 1. *de satisdatione.* Quanquam in posteriore reprehensio ferenda non videatur, quod cum hanc sententiam etiam cum convitio auctoris insectatus esset: tamen postea eam ipsam sententiam non tantum consignavit literis, sed etiam a seipso dissidens pluribus verbis confirmare conatus est, *lib.* 1. *Observat. cap.* 22. sed frustra. Nam semper hoc tenebimus, hoc interdicto amissam possessionem non recuperari, eoque ab eo, qui vi possidet, possessionem hoc interdicto non transferri. Quod si a victore, eodemque possessore, qui solus possessor declaretur, satisdationem hanc exigemus: aut erit satisdatio *judicatum solvi*, quam Accursius intellexit, aut satisdatio *de re conservanda*, qualis a possessore hereditatis exigitur. L. 5. *D. de pet. her.* ut sunt interpretati Baro et Cujacius superioribus locis. At satisdationem *judicatum solvi* intelligere non possumus: hæc enim in hac specie hodie non exigitur. *d.* §. *sed hodie*, *Inst. de satisd.* Illam alteram multo minus. Primum, quia quibuscunque in locis satisdatio illa a possessore exigitur, ex ipsa lectione constabit exigi eam a possessore hereditatis, ut *d.* L. 5. *de pet. her. L. de bonis*, §. *ult. D. de Carb. edict. L. ex libero*, §. *ult.* D. *de quæst.* Cur a possessore hereditatis tam constanter, nisi ut intelligeremus a possessore rerum singularum in judicio de proprietate eam non exigi? arg. in L. *ex eo*, *D. de testib.* Tum autem cur a possessore hereditatis hæc satisdatio exigatur, certa ratio est. Sunt enim in hereditate res multæ, quas vendi oporteat multis de caussis: in quibus distrahendis deminui hereditatem iniquum est sine satisdatione, qua petitori caveatur: ut declaratur pluribus in *d.* L. 5. D. *de pet. her.* Cessat hæc ratio, cum res vindicatur: neque enim ea alienatur, neque alienari potest in fraudem ejus actoris, qui se dominum contendit, ut proinde adversus id periculum, quod nullum est, supervacua sit satisdatio. Quæ si ita sunt: conficitur, quamdiu unus ex litigatoribus possessor est, et id constat, ei satisdationi, de qua hic agitur, locum esse non posse. Atque hoc rursum si ita est: relinquitur ei tunc solum locum esse, cum ambo litigatores possident, eamque in hac perplexitate instituendæ petitionis explicanda satisdationem esse *judicatum solvi*, quæ ab alterutro exigatur, ut constituatur scilicet uter sit possessor; atque hoc ita constitutio, sic deinde de proprietate agatur de qua agi, nisi adversus possessorem, non potest.

AD TITU-

AD TITULUM VII.

COD. DE TABULIS EXHIBENDIS.

L. Unica.

Impp. Valer. et Gallien. AA. Germano.

Si in potestate patris fuerunt impuberes filii, et vos eis estis substituti, atque ita ad vos intra pubertatem illis decedentibus cœpit hereditas pertinere: de exhibendis testamenti tabulis interdicto uti potestis. PP. VII. Kalend. Maji Seculari et Donato Coss.

SUMMARIA.

1. *De tabulis ad caussam testamenti pertinentibus propositum interdictum de tabulis exhibendis.* Tabularum *verbum.*
2. *Ad caussam testamenti pertinere quid.*
3. *De imperfecto testamento an competat hoc interdictum, et* L. 1. §. sive autem. *item* L. 2. §. 1. D. de tab. exh. *conciliatæ cum Africano in* L. si quis legatum, D. ad L. Cor. de fal.
4. *Relictæ tabulæ quæ.*
5. *Interdictum adversus eos, penes quos sunt tabulæ, aut qui dolo fecere, quo minus essent: et hi qui.*
6. *Hactenus tamen adversus istos, si negent penes se esse, aut fuisse, aut negent adversarii quidquam interesse.*
7. *Et competere hoc interdictum, qui tabulis, de quibus agitur, quid adscriptum habet: et qui in hac caussa.*
8. L. unicæ C. hoc tit. *sententia.*
9. *Heredes et legatarios de tabulis exhibendis agentes probare posse se tales esse, etiam non inspectis verbis testamenti; quia hic non sit controversia ex testamento, sed de testamento.*
10. *Tabulas exhiberi ex hoc iterdicto huc spectare, ut testes signa sua recognoscant, atque his recognitis tabularum fides confirmetur.*
11. *Hoc interdictum arbitrarium esse: hinc præcedere jussum judicis de tabulis exhibendis; cui si non paretur, sequi condemnationem in id, quanti actoris interest, alias, vere, alias jurejurando in litem æstimatum.*
12. *Hoc interdictum ideo necessarium fuisse, quia in eam speciem, de qua hoc interdicto agitur, nulla alia actio fuerit; et quid distet ab actione ad exhibendum, et ea parte edicti, quemadmodum testamenta aperiantur.*

Sive hujus rescripti, quod hic ponitur, rationem quærimus, sive illud, quomodo interdicto *de tabulis exhibendis* recte utamur, quod inscriptio pollicetur utraque de caussa faciendum est, ut hujus interdicti sententiam cognoscere debeamus. Eam igitur paucis exponam. Exstat interdictum in L. 1. *in pr. D. eod.* In quo hæc observanda sunt: Quibus de rebus detur: Adversus quem: Cui: Cujus rei gratia: Quæ hic condemnatio et officium judicis.

1 Datur de † tabulis, quas quis ad caussam testamenti sui pertinentes reliquit. *Tabularum* verbo omnis materia intelligitur, in qua quid scriptum est, quod pluribus verbis explicatur in L. 1. *de bon. poss. sec. tab.* Veteres primum tabulis usi sunt ad scribendum. Hinc nomen natum. Res mutata est postea, nomen mansit. Inde illa: bonorum possessio contra tabulas, et secundum tabulas. §. 1. *Inst. de bon. poss.* Et primæ et secundæ tabulæ, de patris et filii testamento. L. 2. §. *interdum*, L. *patris*, *et passim*, *D. de vulg. et pupill. subst.*

Ad † caussam testamenti pertinere dicitur, 2
quidquid ab aliquo ita scriptum est, ut pro testamento esset, aut ad testamentum pertineret, ut codicilli, et quæcunque sunt scripturæ, quibus aut adjicit testator testamento, aut obscurius scriptum interpretatur. Ergo de his omnibus hoc interdictum est. L. 1. §. *hoc interdictum*, *D. eod.* Non distinguitur in interdicto utrum justæ sint, an injustæ tabulæ plures, an unæ: primæ an postremæ. Ex quo intellectum est, ad istas omnes hoc interdictum pertinere, ut pluribus verbis explicat Ulpianus in L. 1. §. *sive autem*, *et in fin. et* L. 2. *et* 3. *in pr. D. eod.* Idem traditur in L. 2. *D. quem test. aper.*

Illud † visum est hoc loco pluribus ex- 3
plicare, quod de imperfecto testamento, quod signatum non est, quæritur: an et de eo hoc interdictum locum habeat. Negat enim Africanus in *L. si quis legatum, D. ad* L. *Cor.* de

de fal. Ulpianus autem contraria in L. 1. §. *sive autem*, *D. h. tit.* Ita scribit: *Itaque dicendum est ad omnem omnino scripturam testamenti*, *sive perfectam*, *sive imperfectam hoc interdictum pertinere.* Vera est Africani sententia: quoniam quod testamentum non est signatum, non tam inutile est testamentum, quam nullum. Interdictum autem tabulas testamenti exigit. Non adversantur suprascripta verba Ulpiani: *Imperfectæ* enim *scripturæ* verbo apud illum intelligere debemus id testamentum, quod signatum est, sed alias jure non valet. Etsi enim dicat, interdictum pertinere ad omnem omnino etiam imperfectam scripturam, quibus verbis omne testamentum imperfectum comprehenditur: tamen non simpliciter dicit *ad omnem scripturam*, sed addit *testamenti*. Hoc verbo satis testamenti non signati tabulas excludit: jam enim dixi aperte non esse testamentum, quod signatum non fuit. Unde nec ex ejusmodi testamento dat prætor bonorum possessionem secundum tabulas: quam tamen ex omni testamento rite signato, quanvis alioqui jure civili non consistat, pollicetur. §. *non tamen*, *Instit. quib. mod. test. infir.* L. 1. §. *pen. et ult. D. de bon. poss. sec. tab.* Videndum tamen, ne idem Ulpianus in L. 2. §. 1. *D. quem test. ap.* etiam imperfecta testamenta, quæ signa testamenti non habent, dicat abusive testamenta dici, et ad caussam testamenti videri pertinere, quibus verbis hoc interdictum conceptum est: sic enim scribit: *sed abusive testamenta ea quoque appellamus*, *quæ falsa sunt*, *vel injusta*, *vel irrita*, *vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.* Hinc imperfecta distinguit a prioribus: quæ si distinguimus, non possunt imperfecta alia intelligi, quam quæ signata non sunt. Priora enim vitia sunt aut ex persona testantis, aut ex præteritione liberorum, aut ex his, quibus postea testamenta infirmantur. Quibus exceptis, solum id vitium relinquitur, quod est ex solemnibus testamenti omissis. Nec *pro itemque* quod legitur in Pand. Flo. recte legetur., *itaque*, ut in hac collectione, seu illatione intelligamus eadem testamenta, de quibus prius locutus erat: quoniam ineptissima esset hæc collectio et nugatoria: ea, quæ jure non valent, appellamus testamenta: ea ergo ipsa solemus testamenta appellare. Sed hæc sententia est Ulpiani, ut addat aliquid prioribus, et dicat non solum priora testamenta, quæ vitio aliquo interiori laborant, abusive testamenta dici, et edicto illo contineri; sed etiam illa, quæ sunt imperfecta, idest, non signata, et manifestis solemnibus destituuntur. Num ergo in his edictum illud locum habet? Habet auctore Ulpiano; sed non ideo de his interdictum *de tabulis exhibendis* competit. Nam edictum pertinet ad eum, qui fatetur tabulas esse apud se. L. 2. §. *ult. D. quem test. ap.* Non est iniquum, eum, qui id fateatur, compelli eas exhibere, quod sine judicio et nullo negotio potest facere. Interdictum adversus eum datur, qui negat penes se esse tabulas. *d.* L. 2. §. *ult.* Non debet facile judicium institui, et molestia judicii neganti intentari in iis tabulis, quas aperte non esse tabulas testamenti constat: quod fit, ubi non esse signatas inter litigatores conveniet. Nisi quis malit, de imperfecto testamento etiam quod signatum non sit, competere non solum remedium superioris edicti, sed etiam interdictum *de tabulis exhibendis*, propter generalitatem utriusque loci, de imperfecta scriptura testamenti definientis, hanc quoque testamentum dici: Africanum autem sic conciliemus, ut idem affirmet. Quod quidem efficere possumus non emendatione, aut restitutione ulla verborum, sed ordine duorum verborum converso, ita commode, ut eadem verba retineantur, et optime constet verborum contextus, ejusque sententia. *Cæterum*, inquit, *si signatum testamentum non fuerit*, *magis est*, *ut senatusconsulto locus non sit*, *sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet.* Sic est lectio vulgaris. Hæc verba, *sicuti nec*, convertamus, ut sit, *nec sic uti*, ut convertatur ordo, et tria verba distincte efficiantur: consentientem sententiam habebimus, salva recti sermonis ratione. Erit enim hæc lectio, atque hic sensus: *magis esse*, *ut senatusconsulto locus non sit*, *nec sit sic*, *uti interdictum de tabulis exhibendis de hujusmodi testamento locum habet*: quasi diceret, hic senatusconsulto locum non esse. Et hoc videtur melius et verius. Nam si dicamus, de imperfecto, idest, non signato testamento non competere interdictum, quia id non sit testamentum, dicendum erit nec competere id de falso: quoniam quod testamentum falsum esse constet, id multo minus testamentum est, cum testationem defuncti omnium minime habeat: et tamen de falso testamento etiam quod tale esse constiterit, interdictum competit.

Relictæ tabulæ dicuntur † quæ post testatorem, idest, mortuo testatore relinquuntur, 4
et exstant. Ideo ergo hoc additum est, ut intelligeremus, hoc interdictum ad vivi tabu-

bulas non pertinere. *L.* 2. §. *pen. D. eod.* Vivus de tabulis exhibendis agit actione ad exhibendum. L. 3. §. *si ipse*, D. *eod.*

5 Datur † hoc interdictum adversus eum, penes quem sunt tabulæ, aut qui dolo fecit, quo minus penes se essent. Penes eum esse intelliguntur, qui aut corpore suo eas tenet, et habet exhibendi facultatem, aut ita apud alium posuit, ut alieno corpore possideret, veluti si tabulas apud alium deposuit. Nam per depositarium, commodatarium, et similes personas possidemus. §. *possidere*, *Inst. de interd.* Inde recte dictum est ab Ulpiano in L. 3. §. *si tabulæ*, *D. eod.* si quis tabulas apud aliquem deposuerit, utrumque hoc interdicto teneri, et eum, apud quem sunt depositæ, quia tenet: et eum, qui deposuit, quanvis sine dolo desierit tenere corpore suo. Ideo autem hic tenetur, quia tenet nihilominus per eum, apud quem deposuit, ut supra dixi. Dolo desiit tenere; qui aut supprimendi animo fecit, quo minus tabulas apud se haberet, aut cum sciret legatum, vel hereditatem peti, ideo tabulas alii tradidit, ne ipse conveniretur. L. 3. *si*

6 *quis dolo*, *D. eod.* Etsi † autem nihil amplius additum sit in hoc interdicto, quam eum teneri, penes quem tabulæ sunt; tamen sciendum est, non simpliciter eum teneri, sed hac conditione dumtaxat, si aut neget penes se esse tabulas, quæ penes eum esse dicuntur; aut neget se exhibere oportere, quia forte adversarii nihil intersit, hoc Ulpiano in L. 1. §. D. *eod.* Sed cum in interdicto non sit, unde hoc est ab illo sumptum? Ex natura judicii, quo agitur. Interdictum proponitur: proinde actio, qua judicio agitur, ut est definitio actionis. *Instit. de act. in pr.* Nulla est autem hæc actio: proinde nullum interdictum adversus eum, qui confitetur, nec ulla defensione, aut exceptione utitur. Hoc enim est, quod dicitur, in confitentes nullas esse partes judicandi. L. *proinde*, *in fin. D. ad L. Aquil.* Quid igitur, si quis fateatur, penes se esse tabulas: an non exhibere cogetur? Imo multo magis; sed id alia parte edicti efficitur, non hoc interdicto, de quo in extremo dice-

7 mus. Datur † hoc interdictum illi: sic enim verba sunt interdicti: *Illi exhibeas.* Illi, sic accipe petenti, et interdicto hoc agenti. Quid ergo, an omni petenti hoc interdictum competit? Et placet non competere, sed ei tantum, qui testamento, sive his tabulis, de quibus agitur, quid ascriptum habet. L. 3. §. *solent*, *D. eod.* Rursum hic quæro, cum hæc verba interdicti ad omnem petentem referantur: cur de eo, quem supra dixi, interdictum tantum interpretemur præter vim et significationem verborum? Sumptum hoc est ex vi et potestate hujus interdicti, ac proinde ex sententia. Intelligendum est enim condemnationem ex hoc interdicto esse in id, quod actoris interest. L. 3. §. *condemnatio*, *D. eod.* Quod si ita est: inutile est hoc interdictum ei, cujus nihil interest. Porro tabulas exhiberi, ejus tantum interest, qui quid testamento adscriptum habet. Quare huic solum interdictum utiliter competit. Qui testamento aliquid adscriptum habent, duo sunt: heres, et is, cui quid legatum, aut fideicommissum est. Sic fit, ut solis legatariis et heredibus hoc interdictum competat. Utrisque competere certum est ex *d.* §. *condemnatio.* Veruntamen de heredibus nonnihil dubitari potest, propterea quod in *L.* 3. §. *si ipse*, *D. eod.* scriptum est, omnes, qui corpora tabularum sua esse dicunt, ad actionem ad exhibendum remittendos esse, neque hoc interdictum habere. Atqui corpus testamenti est heredis, de quo sic habendum est. Non semper corpus testamenti est heredis: fieri enim potest, ut heres nondum hereditatem adierit. Fieri potest, ut adierit, sed solus non sit heres, ut proinde nec testamentum sit ejus solius. Quibus casibus nemo dubitabit, quin illi interdictum *de tabulis exhibendis* competat, nec quidquam obstet superior locus. Quid si solus erit heres, et hereditatem adierit, ut corpus testamenti ejus est: ita sine dubio ad exhibendum agere potest *de tabulis exhibendis*, ut diserte scriptum est in L. 3. *D. quem test. ap.* Sed nihilominus et de tabulis exhibendis interdicto potest experiri, ut constat ex *d.* L. 3. §. *condemnatio.* Neque obstat, quod supra dixi ex *d.* §. *si ipse*, eos, qui corpora tabularum sua esse dicunt, hoc interdictum non habere. Nam cum heres hoc interdicto agit, non agit de testamento quanquam suo, seu eo, quod suum esse contendit, sed tanquam de eo, in quo aliquid adscriptum habet, quæ hujus interdicti intentio est.

Utcumque est, semper hoc manet, nisi quis legatarius sit, aut heres, ei hoc interdictum non dari. Hinc pendet † rescriptum 8
hujus tituli, cujus hæc est sententia: eos qui se pupillis a patre substitutos esse dicunt, de tabulis, quibus substituti sunt, exhibendis posse hoc interdicto experiri adversus omnes, penes quos sunt illæ tabulæ, si modo hæc quatuor concurrant: si ii, quibus actores substituti sunt; si impuberes; si in potestate patris fuerint; postremo si deces-

cesserint. Quæ ideo exiguntur, quia ex substitutione pupillari, qualis hic obtendebatur, substituti non sunt heredes, seu quod idem est, substitutio nullius momenti est, nisi superiora illa quatuor concurrant, ut describitur hæc substitutio. *Inst. de sub. pupill. in pr.* Proinde cum substituti hæc quatuor dicere debeant, ut qui aliter non sint heredes defunctorum pupillorum ex substitutione: dubitari non debet, quod ab interpretibus quæritur, quin eadem quatuor debeant probare, si ab adversario negentur, juxta regulas juris, quibus efficitur, et dicenti incumbere probationem: et actore non probante reum absolvi. L. 2. D. *de prob.* L. *qui accusare, sup. de eden.* His autem probatis, non agent tantum substituti de tabulis pupillaribus exhibendis, id est: de ea parte testamenti, in qua substituti sunt filiis impuberibus, sed agent de toto testamento patris: propterea quod non exhibentur tabulæ pupillares, nisi totum testamentum patris exhibeatur, cum sint pars et sequela testamenti paterni, ac sine eo nullæ sint, §. *igitur*, §. *liberis. Inst. de pupil. sub.*

9 Sed † hoc admisso, hoc interdictum non nisi heredibus, aut legatariis competere, et iis, qui se tales esse probent: incidit hoc interdictum in eam difficultatem, ut jam plane videatur esse inutile. Nam qui se heredem dicit institutum, aut sibi legatum relictum esse, is aut tabulas testamenti habet, hoc interdictum illi non datur, cum tabulæ sint penes eum, non penes adversarium. Si non habet, non potest probare, sibi quid testamento esse relictum: sine quo hoc interdicto non vincit. Ideo autem non videtur probare posse; quia traditum est de iis controversiis, quæ ex testamento nascuntur, inquiri veritatem non posse, nisi inspectis et cognitis verbis testamenti, L. 1. *D. quem. test. ap* Sed hic non hærebimus. Nam et sine testamento, quod penes se actor non habet, probare potest de iis, quæ testamento scripta sunt; puta, si qui forte testes testamentum prius legerint, aut si apud eos testatore jubente testamentum sit recitatum, quibus testibus actor utetur. Nec obstat, quod dicitur, non inspectis verbis testamenti, non posse inquiri veritatem de iis controversiis, quæ nascuntur ex testamento. Nam quæstio hujus interdicti, non ex testamento est, ubi nihil ex testamento petitur, sed de testamento, id est, corpore testamenti.

10 Datur † hoc interdictum hujus rei gratia, ut tabulæ exhibeantur, seu ut fiat videndarum tabularum copia, L. 3. §. *hoc interdictum, D. eod.* Exhibitio tabularum huc spectat, ut confirmentur recognitis signis testium. Unde hanc exhibitionem non apud judicem hujus interdicti, si forte is judex erit privatus, sed apud prætorem, fieri oportet; ut scilicet ejus auctoritate convocentur testes testamentarii recognoscendorum signorum suorum caussa: qui si vocati non adsint, coercebuntur. Hæc in *d.* L. 3. §. *hoc interdictum. D. eod.* Coercentur autem testes aut pignoribus captis, aut mulcta indicta, quæ sunt magistratuum remedia ad cogendos eos, qui sponte non parent, ut indicatur in L. 1. §. *ex rescripto. D. de inspic. vent.* Ad hunc locum pertinet *L.* 4. *et seqq.* D. *quem. test. ap.*

Hac † petitione constituta, ut tabulæ exhibeantur, hoc unum officium judicis esse videri poterit in hoc interdicto, ut condemnet adversarium, ut tabulas exhibeat, quo facto judex esse desinet, propterea quod sententiam petitioni convenientem esse oportet, L. *ult. C. de fideicom. liber.* Sed ne hic erremus, monendi sumus, ex hoc interdicto adversus eum, qui non exhibeat, condemnationem esse in id, quod actoris interest, L. 3 §. *condemnatio, D. eod.* Neque hæc inter se contraria sunt. Nam in hoc interdicto utrumque facit judex. Primum jubet reum tabulas exhibere, ut interdicti verba declarant, *illi exhibeas*: et ad exhibitionem dat tempus pro distantia locorum. arg. L. 2. §. *pen. D. quem. test. aper.* Hæc sententia non est, sed jussus judicis tantum, quod arbitrium a nostris auctoribus appellatur. Nam si sententia esset, statim post hanc sententiam judex esse desineret, qui jussit exhibere, *L. judex posteaquam, D. de re jud.* Si reus intra tempus præstitutum non exhibet, hic sequitur illa condemnatio, quam supra dixi. Hoc si interdicto olim expressum fuit, bene est. Si non fuit, tamen hoc a veteribus recte dictum est ex certa natura et potestate hujus judicii. Sciendum est enim, omnia judicia ad exhibendum, aut restituendum comparata esse arbitraria, ut indicatur in §. *præterea quasdam, Instit. de act.* Arbitraria sunt, quia ex arbitrio judicis pendent, ut ibidem traditur, idest, in quibus prius arbitratur, idest, jubet judex restitui; aut exhiberi id, de quo quæritur, quod si arbitrio non pareatur, tunc sequitur, quæ hinc pendet, condemnatio judicii propria. Condemnatio autem in id, quod actoris interest, quod adversus eum, qui dolo non restituit, æstimatur, quanti in litem ab actore juratum est: adversus eum autem, qui

qui non restituit culpa, quanti vere res est. Hæc regula posita est in L. *qui restituere*, *D. de rei vind.* de vindicatione quidem potissimum, de qua illic agitur: sed tamen ita, ut definiatur in extremo, hanc sententiam ad omnes actiones et omnia interdicta pertinere, quibus arbitrio judicis quid restituitur. Si in restitutoriis judiciis hoc jus est, quia judicis arbitrio non paretur: hoc idem et in exhibitoriis servari oportet; quoniam ambo pariter sunt arbitraria, idest, ex arbitrio judicis pendentia pariter. *d.* §. *præterea, Instit. de act.* Unde et in actionibus ad exhibendum similiter in litem juratur adversus eum, qui jussus non exhibet, *L. in actionibus, D. de in lit. jur.* Hinc intelligi poterit, quomodo interpretandum sit, quod de condemnatione hujus judicii scribitur in *d.* L. 3. §. *condemnatio.* Cætera huc pertinentia ex eo §. recte petentur.

12 His † expositis de vi et natura hujus interdicti, quæsitum est, quid opus fuerit hoc interdicto, cum videatur aliis actionibus et aliis partibus juris in hanc exhibitionem satis consultum fuisse. Nam primum actio *ad exhibendum* generalis est de omnibns rebus proposita, quas exhiberi volumus, et omnibus proposita, quorum interest rem exhiberi, L. 3. §. *sciendum*, *D. ad exhib.* Deinde si specialis actio desideratur de tabulis testamenti exhibendis, de ea cautum est ea parte edicti, qua edicit prætor, quemadmodum testamenta aperiantur: ubi pollicetur omnibus desiderantibus, se jussurum, ut his tabulæ exhibeantur, L. 1. D. *quem. test. ap.* Sed neutra harum actionum ad eam speciem, de qua hoc interdicto agitur, pertinet. Idcirco de ea specie aut nullam actionem esse oportuit, aut constitui novam in hoc interdicto. Nam primum actio ad exhibendum solis his datur, qui corpora sua esse dicunt, aut ad jus suum pertinentia: puta bona fide a se possessa, sibi pignori obligata, se in his usumfructum habere, aut saltem sibi spem esse ea aliquando sua fieri posse, ut patet *ex* L. 3. §. *si ipse*, *D. hoc tit.* item *ex* L. 3. §. *est autem*, *et* §. *interdum*, *D. ad exhib.* Porro qui ex hoc interdicto desiderat tabulas exhiberi, neque tabularum dominus est, neque dicit tabulas ad jus suum pertinere, ut exhibitas vindicet. Datur enim interdictum legatariis: datur heredibus nondum adita hereditate, datur heredibus ex parte institutis. Quare in hanc caussam actio ad *exhibendum* esse non potuit. Quod autem attinet ad eam partem, qua cavet prætor, quemadmodum testamenta aperiantur: sane illic edicit se exhibitionem tabularum concessurum: sed longe alia conditione, et adversus alios, et longe dissimili effectu, quam in hoc interdicto. Nam illa parte cogit exhibere eum, qui non negat apud se esse tabulas. Ipse cogit tanquam magistratus, non tanquam judex. Ideo et cogit longe aliter, quam judex ex hoc interdicto. Nam eum, qui non negat tabulas apud se esse, *omnimodo* compellit exhibere, ut scribitur in *L.* 2. §. *ult. D.* quem test. ap. *Omnimodo* sic interpretandum est, ut eum, qui non exhibet, non condemnet in id, quod actoris interest: quoniam hic judicis officio non fungitur; sed ut vi extorqueat ab invito exhibitionem, vel tabulas illi auferendo, si habet præ manibus, vel mulcta indicta, quæ sunt remedia magistratus, *L.* 1. §. 1. *D. de insp. ven.* Ex hoc autem interdicto tantum agitur adversus inficiantem, aut eum, qui dicit se exhibere non oportere. Judex cogit tanquam judex, non tanquam magistratus. Cogendi ratio est in condemnatione, ex quo discrimen utriusque remedii manifestum est. Sed cur prætor non eodem modo se gerit adversus inficiantem? quia adversus inficiantem judicio opus est, ut convincatur. *L. negantes supr. de obl. et act.* Judicio autem et judice constituto, nihil relinquitur, nisi sententia judicis, quæ aut in absolvendo est, aut in condemnando, L. 1. *D. de re jud.* Adversus confitentem nullo judicio est opus. Idem tantum a magistratu ut magistratu, non ut judice cogitur, *si L. debitori*, *D. de jud.*

AD TITU-

AD TITULUM VIII.

COD. DE LIBERIS EXHIBENDIS, SEU DEDUCENDIS, ET DE LIBERO HOMINE EXHIBENDO

Ad L. Si. 1.

Imp. Antoninus A. Justino.

Si (ut proponis) cum tuæ potestatis esses, super rebus maternis obtinuisti: potes eos qui tibi condemnati sunt, convenire. Quod si extiterit qui te filium, et in sua potestate esse contendit: interdicto in eam rem proposito, de fide intentionis ejus quæretur. PP. VI. Id. Apr. Duobus et Aspris. Coss.

Ad L. Adi. 2.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Cyrillæ.

Adi præsidem provinciæ, ac postula filios tuos exhiberi. Subscripta V. Id. Apr. Byzantii AA. Coss,

Ad L. Si ad instar. 3.

Idem AA. et CC. Evodiæ.

Si ad instar interdicti de exhibenda filia Philippi eum conveniendum putaveris: rector provinciæ aditus suam vobis accommodabit notionem. S. XII. Kal. Decemb. Nicomediæ AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *De liberis hominibus quæ interdicta. et n.* 5.
2. *Interdictum de libero homine exhibendo, adversus quem, et quibus.*
3. *Si quis hoc interdicto jussus non exhibet, condemnationem esse, quanti acto juraverit sua interesse, vel ex affectu.*
4. *De liberis exhibendis interdictum cui: et adversus quem detur, et quid distet ab interdicto de libero homine exhibendo.*
   Exhibere hominem, aut liberos esse extra secretum habere ibid.
5. *De uxore exhibenda interdictum peculiare proditum marito: et id quale.*
   L. ult. C. hoc tit. *explicatur.* ibid.
6. *De liberis hominibus ducendis interdicta proposita duo: patri de filio, quem in potestate habet: marito de uxore: adversus quem, et quid sit ducere.*
7. *Adversus filium negantem se esse in potestate non competere hoc interdictum, si de potestate solum sit controversia: sed solum notionem prætoris: et cur utrumque.*
8. *Notio prætoris, quid.*
9. L. 1. §. 1. D. de rei vind. *explicatur.*
   Quid sit præjudicium, et prætoria cognitio. ibid.

1 De liberis hominibus † duo sunt genera interdictorum. Unum, ut liberi homines exhibeantur, qui detinentur ab aliis. Alterum, ut eos ducere, seu abducere liceat, qui ad jus nostrum, sive potestatem pertinent, ut domi nostræ haberi possint. Prioris generis duo sunt interdicta. Unum de libero quovis homine exhibendo. Alterum de liberis, idest, de filiis nostris exhibendis. Prius † interdictum competit adversus eum, 2
qui liberum hominem retinet; sed hac conditione, si retineat dolo malo, ut sunt verba

ba interdicti in *L. 1. D. de liber. exhib.* Is dolo malo retinere intelligitur, qui sciens liberum hominem esse, quem retinet, invitum retinet, et sine caussa: sive autem servum putet, sive retineat volentem, sive invitum quidem, sed justam caussam habeat retinendi, hoc interdicto non tenetur. Hæc definitio est, quæ multis verbis explicatur ab Ulpiano in *L.* 3. §. *hæc verba*, et deinceps usque ad §. *ait prætor, D. de liber. homin. exhib.* Datur autem omnibus liberum hominem exhiberi desiderantibus, humanitatis et libertatis alienæ tuendæ caussa, nisi suspecta persona sit, quæ desiderat. Hoc idem quale sit, pluribus explicatur in *d.* L. 3. §. *hoc autem interdictum, de liber. homin. exh.* Sed † non immerito hic quæretur,
3 si homo liber non exhibeatur jussu judicis: quæ hic possit esse condemnatio, cum non sit condemnatio, nisi in id, quod actoris interest; quid autem actoris interesse potest, si extraneis personis hoc interdictum datur? Et erit condemnatio in id, quod actoris interest, non quod ex veritate æstimetur, sed jurejurando actoris, ut juret quanti sua interesse putet etiam ex affectu, aut quanti injuriam illam æstimet quasi ad se pertinentem. Sic enim lis æstimatur in actionibus *ad exhibendum*, adversus eum, qui exhibere jussus, dolo, aut contumacia non exhibet, L. 2. §. 1. *in actionibus D. de in lit. jur.*

4 De liberis † exhibendis interdictum eodem pertinet, quo superius, nempe ut liberi nostri nobis exhibeantur: quo verbo in utroque interdicto significatur, ut extra secretum habeantur, L. 3. §. *ait prætor, D. eod. de lib. hom. exhib.* Sed præterquam, quod de liberis nostris, qui in potestate nostra sunt, hoc interdicto agitur, distat etiam hoc interdictum a superiore duabus hisce in rebus. Primum non cuivis desideranti datur, ut superius, sed patri duntaxat, qui filium in potestate habet. *d.* L. 1. *D. de lib. exh.* Idque ob hanc caussam, quod interdictum hoc datur patri, ut filium exhibitum ducere liceat, L. 3. §. 1. *D. de lib. exh.* Nulli autem ducendi jus est, nisi patri, qui filium habet in potestate. Deinde datur hoc interdictum, non ut superius, adversus eum qui dolo malo filium retinet, et nullam retinendi caussam habet; sed adversus omnem qui filium apud se habet, sive caussam retinendi habeat, sive nullam. Hoc potestati patris tribuitur, L. 1. §. *in hoc interdicto, D. de lib. exh.* Sunt tamen, qui hoc interdictu non tenentur, ut mater interdum, L. 3. §. *pen. D. de lib. exh.* ut maritus conventus de uxore sua exhibenda. *L.* 1. §. *ult.* L. 2. D. *eod.* Interdum etiam obstat patri rei judicatæ exceptio, si judicatum sit, filium non esse in ejus potestate, *d. L.* 1. §. *pen.* De hoc interdicto accipienda est *L.* 2. *h. t.* Licet † in hoc genere adjicere tertium interdictum de uxore exhibenda, quod marito datur adversum omnem qui uxorem ejus retinet, etiam adversus patrem uxoris, de quo in L. 2. *D. de lib. exh.* Ac de hoc interdicto accipienda est. *L. ult. h. t.* in qua scriptum est, si de exhibenda filia Philippi patris agatur, etiam eum ipsum conveniri posse. Non adjicitur, a quo, aut quo interdicto. Sed ex iis, quæ supra dixi, facile est intellectu. Nam cum ipse pater conveniatur: perspicuum est hic non agi interdicto de liberis exhibendis, quo pater agit, non autem convenitur. Sed nec quemlibet actorem intelligemus, qui de hac filia exhibenda experiatur interdicto de libero homine exhibendo. Nam hoc edictum adversus patrem non competit. L. 3. §. *si tamen, D. de lib. homin. exhib.* Restat igitur, ut soli marito hic interdictum detur, quo desideret uxorem suam a socero sibi exhiberi, *juxta d. L.* 2. *D. de lib. exhib.* 5

De liberis † hominibus ducendis duo interdicta sunt, quorum unum propositum est patri de filio ducendo, quem in potestate habet: L. 3. *in princ. D. de lib. exh.* alterum marito de uxore ducenda, ut constat ex *d.* L. 2. de quo eadem dicenda sunt mutatis personis, quæ de interdicto *de liberis ducendis* dicemus. Datur autem interdictum *de liberis ducendis*, ut filium ducere liceat, idest, secum domum adducere, ut ibi habeat, aut ubi velit, et ea mandata, quæ velit, exigat pro imperio et potestate patris. Datur adversus eum, qui filium retinet quovis modo, ut illud quod est de liberis exhibendis; sed ita, si invitum apud se habeat. Nam si volentem, magis filius apud se esse intelligitur, quam apud eum, cum quo agitur. L. *ult. D. eod.* Adversus autem filium ipsum, qui negat se esse in potestate patris, interdum hoc interdictum datur: sed hac conditione solum, si is, quasi sui juris esset, hereditatem adierit, aut quid aliud acquisierit, quod pater tanquam a filiofamilias quæsitum suum esse dicat, filius autem neget se esse in potestate patris, *L. penultim.* D. *de lib. exh.* Ad quam speciem referri debet L. 1. *h. t.* 6

Cæterum † si solum de potestate erit controversiam inter patrem et filium ipsum, hoc interdicto adversus filium non agitur, sed succedit notio prætoris, ut est in *L.* 3. §. 7

hoc

hoc autem interdictum, *D. de lib. exhib.* Sed cur adversus filium ipsum hoc interdictum non datur, cum is non minus suæ potestatis controversiam faciat, quam extraneus quivis? Quia in omni actione, qua de re aliqua agitur, oportet rem distinctam esse ab eo, adversus quem agitur. Est enim omnis actio de re aliqua adversus quem, §. 1. *Instit. de act. L. actionum* D. *de obl. et act.* At si adversus filium, qui controversiam suæ potestatis faciat, agitur: idem erit et is, cum quo agitur, et res, de qua agitur, nempe quæ petitur ad deductionem. Quapropter in hanc speciem actio non cadit.

8 Et tamen † quia filius impune controversiam suæ potestatis facere non debet, in hac re imploratur officium prætoris, seu magistratus: qui ipse hac de re cognoscet et judicabit. Hæc est illa, quæ hic notio prætoris appellatur. Sed cur hic magis notio prætoris dicitur, quam in interdicto, aut in actione alia? Non quod prætor in aliis actionibus cognoscere non potuerit, aut judicare: nam qui ipse alium judicem dare potest, et ipse judicandi jus habet, de qua re alias. Sed quia ita cognoscere potuit prætor in cæteris actionibus, ut tamen non haberet necesse, sed judicem dare posset. Et vero ita in more positum erat Romanis, ut prætor judicem dare soleret, et judicium. At hic, ubi notio prætoris appellatur, sic ipse cognoscere potuit: ut etiam debuerit, nec potuerit alium hujus rei judicem dare. Unde notio prætoris per excellentiam dicta, ut sit prætoris solius, non alterius cujusquam, quem prætor judicem dederit.

Ex his jam intelligitur, de iis liberis, seu filiis, qui in potestate patris non sunt, aut filii ejus negantur, neque interdicta esse, neque cognitionem prætoriam, sed de his, si quid ab his, tanquam filiis exigamus, præjudicium redditur. Ex † quo rursum intelligi 9
potest, quæ sit sententia Ulpiani in L. 1. *D. de rei vind.* ubi ita scribit: *Liberi nostri per hanc actionem non petuntur*, *sed petuntur aut præjudiciis*, *aut interdictis*, *aut cognitione prætoria.* Præjudiciis petuntur, qui se filios nostros negant. Hoc enim cum fit, redditur adversus eos præjudicium, idest, præjudicialis actio: similis illi, quæ dicitur de partu cognoscendo in §. *præjudiciales*, *Instit. de act.* Est enim actio, qua id agitur, ut filius noster esse agnoscatur, sive actio, in qua quæritur, an quis filius noster sit, necne. Quæ ideo præjudicium vocatur, quia cum quis filius noster esse judicatus est, hoc judicio una eademque opera de aliis omnibus controversiis, quæ ex hac caussa pendent, judicium factum jam ante videtur. Hæc autem inde pendent, ut filius noster nobis honorem exhibeat, obsequium præstet, nullam actionem, quæ turpitudinis significationem habet, adversus nos instituas, non egentes alat, L. 2. L. *licet*, *et seqq. D. de obseq. paren. et pat. præst. L. si quis a liberis*, §. *si vel parens*, D. *de agnosc. liber.* Petuntur liberi interdictis ii, qui sunt in potestate nostra, si ab alio retineantur. Interdictis, dicimus, quia sunt plura. Unum *de liberis exhibendis*: alterum *de liberis ducendis*, re inter se, ut apparet maxime distincta. Quod si filius se ipse in potestate nostra esse negabit, neque ab alio detinebitur: hic notio prætoris locum habet, quám in superiore loco Ulpianus cognitionem prætoriam appellat.

AD TITU-

AD TITULUM IX.

COD. DE PRECARIO, ET SAL. INTERDICTO.

Ad L. 1.

Imp. Gordianus Aristoni.

Si te non remittente pignus, debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt, venundedit: integrum tibi jus est persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit) sed Serviana actione, vel quæ ad exemplum ejus instituitur, utilis adversus emptorem exercenda est. PP. VI. Idus Septembr. Pio et Pontiano Coss.

SUMMARIA.

1. *Salviani interdicti summa.*
2. *De rebus coloni competere interdictum Salvianum: si adhuc coloni sunt, directum: si alienata sunt, utile.*
3. *Salvianum ad res obligatas alterius debitoris, quam coloni non pertinere.*
4. *Salvianum competere non de omnibus rebus obligatis coloni, sed de invectis et illatis in fundum.*
L. 1. D. de Salvian. interd. *exposita.*
5. *Salvianum domino competere adversus quemvis possessorem de rebus coloni invectis.*
6. *Lectio* L. 1. C. de Salvian. int. *emendata.*
7. *Quorsum interdictum Salvianum, cum de iisdem rebus competat actio Serviana in rem.*

1 HOC rescriptum de Salviano interdicto est, † cujus interdicti hæc est summa. Propositum fuit Salvianum interdictum de rebus coloni in fundum conductum invectis et illatis, quas colonus domino fundi pignori futuras pepigit, propositum de his rebus domino fundi adversus quemvis earum rerum possessorem. Hæc partim posita sunt in §. *interdictum quoque, Institut. de interd.* partim a Theophilo *ibidem* et suis locis alibi
2 confirmantur, ut indicabimus. Est † hoc interdictum de rebus coloni. Proinde si ex invectis et illatis rebus quid vendiderit et alienarit colonus: de eo hoc interdictum non competet secundum verba, quia res coloni esse desierint. Hinc dubitatio hujus L. 2. Et convenienter iis, quæ diximus, respondetur, de rebus ita alienatis hoc interdictum non competere. Sed de directo hoc dictum interpretandum est; cæterum utile habitur L. 1. *in princip. D. eodem.* Neque enim colonus pignus alienando potuit conditionem creditoris facere deteriorem, L. *debitorem*, *infr.* de pig. *Coloni* dicimus, ut intelliga-
3 tur † de rebus alterius debitoris, quam coloni, et conductoris hoc interdictum non dari, quantumvis creditori pignori obligatæ sint. Quapropter quod in hac L. 1. scriptum est, *hoc interdictum adversus conductorem, debitoremve competere*, oratio disjunctiva est, quæ pro conjuncta accipi debet, ut sit sensus; adversus conductorem, qui et idem debitor sit; quoniam si debitor esse desiisset, pignus solutum esset. Id autem facimus ex usu juris recepto: ubi sententia ita exigente modo conjuncta pro disjunctis, modo disjuncta pro conjunctis accipimus, L. *sæpe*, D. *de verbor. signif.* Est † de inve- 4
ctis et illatis. Quod prætermissum apud Justinianum recte positum est a Theophilo: et satis colligitur ex *L. 1. in princip. D. eod.* Ait enim Julianus, si ancilla a colono inducta sit in fundum conductum, deinde prægnans vendita apud emptorem pepererit, de hoc partu interdictum utile competere, significans non competere directum. Quod non alia ratione dici potuit, quam quod hoc interdictum sit de illatis et invectis in fundum; hic autem partus revera non fuerit in fundum invectus, aut illatus. Cur ergo utile etiam de hoc partu datur? Quia si ancilla prægnans inducta fuit, quodammodo per eam etiam inductum videri potest, quod utero ejus continebatur. Et ideo bene monent, qui de hoc partu interdictum dant, si ancilla saltem apud colonum conceperit *ex L. si convenerit*, §. *si fundus*, *D. de pign. act.* Hoc † interdictum domino fundi datur, cui 5
scilicet res pignori obligatæ sunt. Datur autem non adversus conductorem tantum, sed ad-

adversus quemvis possessorem, quod positum a Theophilo aperte probatur in L. 1. §. 1. *D. eodem*, ubi Julianus nominatim dat hoc interdictum adversus extraneos, neque addit *interdictum utile*. Unde intelligimus illum et directum dare. Nam si utile intelligeret in hac specie, adjecisset, quemadmodum prius fecerat in ea specie, de qua proxime responderat. Tum autem, si hoc interdictum adversus conductorem tantum daretur, esset plane inutile, cum adversus conductorem abunde sufficiat pignoratitia actio contraria de quavis re pignori data, quantunvis aliena, *L. 1. in fin.* L. *si rem in princ. D. de pig. act.* Et tamen in hac L. 1. scriptum est, hoc interdictum tantummodo adversus conductorem, debitoremve competere. Ego
6 † puto recte dici posse locum esse corruptum, et ita legendum esse, *adversus conductoris rem, debitorisve competit.* Nam si adversus conductorem tantum competeret: non debuit hoc responderi de re coloni vendita, sed de re quavis coloni, quæ etiam nunc coloni esset, quæ ab extraneo possideretur. Nunc autem in hoc rescripto quæstio movebatur de re a colono alienata. Et quod dicitur, Salvianum interdictum adversus rem conductoris dari, non debet inusitatum videri. Nam in actionibus in rem dicuntur res conveniri, non personæ, L. *Imperatores*, *D. de public.* Si quis lectionem vulgarem retinere vult, licebit de sententia recepta ita dicere, ut fateamur ex hoc loco interdictum Salvianum adversus conductorem tantum dari, nempe directum: adversus cæteros dari etiam illud quidem, ut est in *L. 1. D. eodem* sed utile, tametsi nihil illic adjiciatur. Sed hoc, ut dixi, nimis durum est, ut sunt ea, quæ supra probavi.

Quæsitum est † quid de suprascriptis rebus opus fuerit introducere hoc interdictum, 7
cum sit in promptu actio Serviana in rem, idque sine ulla dubitatione, §. *item Serviana, Institut. de act. et* L. 1. *in fin.* Recte hoc expediunt vulgo hoc modo. Constat in hypothecaria actione de pignore creditorem probare debere rem, quam persequitur, fuisse in bonis debitoris, cum pignori obligabatur, *L. et quæ nondum*, §. *quod dicitur*, *D. de pign.* Ex quo conjicere possumus, in hoc interdicto, in quo de possessione tantum momentaria agitur, non necesse esse creditori idem probare; sed hoc solum, res in fundum invectas et illatas, tanquam coloni essent.

Ad L. Ultim.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Fabricio.

Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur. S. K. Decemb. Sirmii. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Precarium quid, et quid distet a commodato.*
2. *Interdictum cur necessarium visum de precario.*
3. *Interdicto de precario solum teneri, qui acceptum habet, aut desiit dolo malo habere, in eo culpam non præstari.*
4. *Etiam de precario esse actionem præscriptis verbis ex contractu. Unde contractus intelligatur, et cur cum hœc esset, comparatum sit interdictum.*

1 HOC rescriptum est de precario. Precarium † est, quod precibus roganti utendum datum est, nullo certo utendi constituto, neque fine, neque modo. Prius positum est in L. 1. D. *eod.* Posterius additum est propter commodatum. Nam et commodatum est, quod utendum datum est roganti, idque precarium cum commodato commune habet, *dict. L. 1. in fin.* Sed hoc distat alterum ab altero, quod commodatum tunc est, cum quid utendum datur certo utendi fine, aut modo præstituto. Exempli gratia: dedi tibi æquum meum ad certum usque locum: dedi bovem, ut ruri opus sibi faceret in duos dies: dedi tignum utendum ad fulciendam insulam. In his omnibus commodatum est, *L. in commodato*, §. *sicut*, *D. com.* Hæc omnia si dedi tibi roganti utenda simpliciter, precarium est. Hac de caussa commodatum, quamvis beneficii sit: tamen intempestive repetere non licet, *d. L. in commodato*, §. *sicut.* Contra precarium licet repetere quandocunque libet; quia scilicet nulla lex usui dicta est, *L. 1. D. eodem.*

Hinc

2 Hinc † necessaria visa nova actio de precario: quam ad rem propositum est hoc interdictum. Propositum autem ei, qui precarium dedit adversus eum, qui accepit, ut restituatur. Exstat in L. 2. *in pr. D. eod.*
3 *tit.* Sed observandum † est hoc ita dari adversus eum qui accepit, si is precarium habet apud se, aut dolo fecerit, quo minus haberet, quod interdicto expressum est. Ex quo intelligimus, eum, qui precarium accepit, si precarium amiserit, non teneri, sive casu amiserit, sive culpa sua, L. *quæsitum*, §. *eum quoque*, D. *eodem*. Quod eo magis notandum est; quia videtur contra regulas contractuum esse constitutum: quibus efficitur, ut cum accipientis tantum utilitas versatur, ut in commodato, qui accipit, non tantum dolum, sed etiam omnem culpam suam præstet, L. *si ut certo*. §. *nunc videndum*, D. *com.* Sed ut aliter receptum sit in precario, ratio exposita est in *d.* L. *quæsitum*, §. *eum.* Non tantum autem hoc interdictum datur adversus eum, qui precario accepit; sed etiam adversus heredes ejus, ut declaratur in *d.* L. *quæsitum*, §. *ult.* Id vero est, quod hoc rescripto continetur. De precario commodati actio non datur; quia jam ostendimus precarium commodatum non esse. Sed † nihilominus et de 4
precario actio præscriptis verbis datur. L. 2. §. 1. *D. eod.* nempe ex contractu et conventione. Nam præscriptis verbis actionem ex contractibus iis esse constat, quorum appellationes nullæ proditæ sunt jure civili. L. 3. D. *de præs. ver.* Talis autem conventio et contractus in precario dando inest. Nam qui dat utendum, ita dat, ut declaret se dominium non transferre. Itaque hac lege dat, ut cum is qui accipit, usus erit, reddat; usus autem finis sit, cum danti videbitur; quia et dominus manet, et æquum est unumquemque tamdiu liberalitate nostra uti, quamdiu velimus: quæ ratio redditur et in L. 1. et in L. 2. *D. eod.* Cur igitur hoc interdictum datum est, cum illa actio sufficeret? Quia hæc conventio in hoc contractu non exprimitur: ut dubitari potuerit, num inesset, ac propterea num præscriptis verbis actio dari deberet. Ideo in hac incertitudine interdictum initio propositum est: postea convenit actionem præscriptis verbis esse, quasi eodem modo negotium geratur, ut in commodato, nempe hoc do tibi utendum, ut reddas.

AD TITU-

AD TITULUM XIV.

COD. DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS.

SUMMARIA.

1. *Collatio hujus tractatus.*
2. *Pignus et hypotheca quid, et unde hæc dicta.*
3. *Pignus quomodo constituatur.*
4. *Pignoris constituti vis in cautione: cautio quibus in rebus consistat.*

1 Quod de † pignoribus et hypothecis, hoc loco tractatum est, factum ratione non caret. Apparet enim ex sequentibus titulis in hoc libro tractatum esse de iis in universum, quæ ad obligationes omnes pertinent. Nam et de stipulatione ex professo hic actum est, et sub hac specie de obligationibus omnibus, quæ solent in stipulationem deduci: actum præterea de omnium obligationum solutionibus et liberationibus. Consentaneum erat, ut et eodem libro de iis ageretur, quæ ad confirmandam quamque obligationem pertinerent, idest, de obligationum accessionibus, quod et factum est. Nam cum obligationum omnium firmandarum caussa duæ accessiones essent, fidejussores, et pignora: utriusque generis tractatio in hunc librum est collata, agitur enim et postea de fidejussoribus. Sed prius hoc loco, et quidem ab initio de pignoribus, quoniam in his plus est cautionis. Subjiciunt enim pignora rem creditori. Plus autem cautionis in rem, quam in personam, *L. plus cautionis, D. de reg. jur.* Idcirco et de his recte actum priore loco, ut de accessione firmiore. Alia in parte in Pandectis hoc argumentum collocatum est, nempe post tractationem de contractibus in parte 4. Digestorum. Sed nihil refert, utrum post contractus et alias obligationes de pignoribus agatur; an ante, an in medio: dum hoc intelligatur, pignus omne obligationis præcedentis caussa dari, ut eo nomine creditori cautum sit. §. *ult. Instit. quib. mod. re contr. obl.* Quid sit pignus, et hypotheca: quid verbo, quid re in usu juris alterum ab altero differat, scripsimus olim in methodo hujus argumenti. Nunc ne quid desideretur, summam paucis complectar.

2 Et † definiuntur hæc aliter, cum verbi significationem ex proprietate quærimus, quæ est ex ea notatione, unde et nomina ducta sunt: aliter, cum in his vim et effectum juris spectamus, qui his verbis significatur. Proprietas et notatio verborum hæc est. Pignus dictum est a pugno: ut hoc verbo significetur res quidem pro debito obligata; sed ita, si tradatur creditori; et præsertim si sit mobilis. Nam hæc potissimum pugno capitur: hoc in L. *plebs*, §. *pignus*, *D. de verb. sig.* L. *si rem*, §. *proprie*, *D. de pig. act.* L. *item Serviana*, *in fi. Instit. de act.* Hypotheca autem verbum Græcum est, quod Latini retinuerunt, dictum παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι idest subjicere, et supponere, et hoc verbo significetur res pignori supposita: unde rem suppositam pignori pro obligata legimus in *L. creditor, sup. de pign. act. et alibi innumeris locis.* Obligatur autem res pignori nuda conventione etiam citra traditionem, L. 4. D. *eod.* Proinde hoc nomine etiam ea res significatur: quæ sine traditione pignori obligatur. Sed cum ea, quæ traditur pignori, multo etiam magis accedente traditione obligetur, et subjiciatur obligationi, dubium non est, quin hypothecæ verbo res omnis significetur pro debito obligata, sive tradita sit creditori, sive non sit: ut appareat pignus ab hypotheca hoc differre, quod differt species a genere. Hypotheca genus est, rem omnem obligatam continens, sive quæ tradita est, sive quæ non est tradita. Pignus speciei nomen ad eam rem pertinens, quæ creditori pro debito opponitur, et traditur. Sed quod in aliis verbis generalibus accidit, idem accidit in verbo hypothecæ. Ut enim adoptionis verbum, quanvis generale, tamen docendi caussa usurpatur pro ea specie adoptionis, quæ fit per magistratum, *L.* 1. *D. de adopt.* idemque fit in verbo cognationis. L. *Jurisconsultus*, §. 1. D. *de grad. et affin.* in verbo, *actionis*, *L. pronuntiatio*, §. *ult. D. verb. signific.* sic fit in verbo hypothecæ, ut cum pignor opponitur, intelligatur species altera pignori contraria, idest, res obligata, cujus possessio tradita non est creditori. Idque est, quod de proprietate horum verborum in hanc sententiam dicitur in dicta L. *si rem*, §. *proprie*, D. *de pign. action. et in dicto* §. *item Ser-*

Serviana. in fin. Sed hæc, inquam, ita sunt, cum significationem verborum et notationem spectamus. Aliud dicemus, cum spectamus rem ipsam, idest, vim et effectum pignoris. Vis et effectus pignoris, seu hypothecæ hic est, ut res, quæ pignori opponitur, sit pignori obligata. Porro in jure ut res pignori obligetur nihil interest, utrum tradatur, an non tradatur: dummodo convenerit, ut sit pro debito obligata, dicto §. *item Serviana.* Ita hujus potestatis et effectus habita ratione, inter pignus et hypothecam nihil interest. Nam si res tradita est, et proprie pignus est, et proprie hypotheca; quia semper genus dicitur de sua specie. Sin res tradita non est; hypotheca proprie dicitur, et effectu etiam dicitur pignus, quia juris potestate pro tradita habetur: tam enim obligata est, quam si maxime esset tradita. Huc referri debet, quod de contrahendo pignore dicitur in L. 1. *in pr. D. de pig. act.* pignus contrahi non solum traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum sit. De hac vi et effectu pignoris disserebat Martianus in L. 5. §. *pen.* D. *eod.* Est enim locus ad formulam hypothecariam: idest, ad actionem hypothecariam. Idcirco recte scripsit in eo tractatu: inter pignus et hypothecam nihil nisi nominis sonum distare. Ut sit sententia, si qua differentia est, eam esse in verbis, et verborum significatione: in re, sive in effectu rei non esse; quia ad rem obligandam pro debito nihil intersit, utrum res tradatur, an non tradatur. Hoc constituto, quoniam de re quærimus, non de verbis, pignus, seu hypothecam ita recte definiemus, ut sit res omnis pro debito obligata: quod colligitur ex L. 4. *et* L. 5. D. *eod.* Non dixi rem esse, de qua convenit, ut esset pro debito obligata, quod factum est in §. *Serviana, Inst. de act.* Nam Justinianus de specie pignoris id dixit, nempe de pignore conventionali, quia ad demonstrandum, quod volebat, id sufficiebat: cæterum non sola conventione pignus constituitur.

Dum effectum sit, pignus rem esse pro debito obligatam: hoc quærendum est, quomodo obligetur, ut sic intelligamus vere pignus esse, quod tanquam pignus persequi volumus.

Pignus † omne aut jure ipso constituitur,
3 aut alieno facto. Jure, cum in bonis debitoris lex creditori pignus tribuit: quod quibus in caussis fiat, dicetur *seq. tit.* Alieno facto pignus constituitur, si is constituit, qui jus constituendi habet, et constituit, uti oportet. Constituendi jus habent duo: Ex iis, qui rei domini non sunt, solus magistratus: ex dominis hi omnes, quibus rerum suarum alienatio non est interdicta. A magistratu constituitur id, quod prætorium appellamus. Quod quibus in caussis magistratus constituere possit, et quomodo constituatur, dicetur ad Tit. *de præt. pig. et tit. seq. infr.* De hoc autem est in L. *non est mirum. D. de pig. act.* A domino pignus constituitur nuda voluntate, ut quisque voluerit rem suam pignori esse creditori sive suo, sive alieno. Constituitur autem ista voluntate partim testamento, partim conventione. Testamento recte constitui pignus discimus ex *d. L. non est mirum*, D. *de pig. act.* Conventione autem præcipue constituitur: In qua hoc notandum est, nuda conventione pignus contrahi citra traditionem, *L. 4. D. eod. L. 1. in pr. D. de pig. act.* Rursum conventione contrahitur dupliciter: partim conventione tacita, partim expressa. Tacita, ut invectis et illatis in prædium urbanum conductum: de qua specie cognoscemus proximo titulo. Expressa conventio quæ sit, notum est.

Pignoris † constituti hæc vis est, ut pignori pro debito cautum sit creditori, ut initio diximus. Hæc cautio tribus in rebus consistit. Primum ut rem penes se habere liceat creditori, et pignori, incumbere. Quam ad rem obtinendam illi proposita est de pignore in rem actio adversus omnem pignoris possssorem, *L. pignoris*, *infr. h. t.* Proximum est, ut dum rem penes se habebit, ea utatur fruatur, ut bono patrifamilias convenit. Quod non tantum pro jure suo facere potest, sed etiam facere jubetur ex fide bona, ut et res colatur, et fructus percepti exonerent debitum, atque ita utrique caveatur, et debitori, et creditori, L. 2. *et L.* 1. *sup. de pig. act.* quamquam hoc magis in obligatione personali quæ inter debitorem et creditorem intercedit, quam in jure pignoris numerandum est. Tertium est, ut si creditori videatur non esse exspectandum diutius, sed suum consequi velit, liceat ei primo quoque tempore pignus distrahere, ex cujus pretio illi satisfiat: de quo sub Tit. *de distr. pig. infr.*

Ad L.

Ad L. Debitor. 1.

Impp. Severus et Anton. AA. Timotheo.

Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur. PP. V. Kal. Mart. Severo, A. II. et Albino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Debitorem non liberari cessione pignoris invito creditore, et quare.*

DEbitor cessione pignoris invito creditore liberari non potest. Ductum ex regulis juris, quæ sunt de solutione et liberatione debitorum. Unusquisque invito creditore ita liberatur, si solvat, quod debetur, quo pertinet illud, solutione ejus, quod debetur: tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Cæterum neque minus, quam debetur, neque aliud pro alio invito creditore solvi potest, L. 2. §. 1. D. *si cert. pet.* Porro certum est, cum pignus pro debito ceditur, vel minus solvi, si pignus non tanti valeat, quantum debitum est: vel si tanti valet, aut pluris; tamen aliud solvi, quam debetur. Ex quo efficitur, ea cessione debitorem liberari non posse. Hoc cum in cæteris rebus, quæ solvuntur, recte dicatur: tunc vero in pignore quod ceditur, præcipue locum habet. Pugnat enim cum fine et natura pignoris, ut debitor ea cessione liberetur in necem creditoris. Jam enim dixi pignus dari, ut creditori magis caveatur: cui adversatur, ut creditori noceat.

Ad L. Quanvis. 2.

Iidem AA. Lucio.

Quanvis constet specialiter quædam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et æquale jus in omnibus habere: jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est: posse eum ex his quæ nominatim pignori obligata sunt, universum redigere debitum: ea quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri præses provinciæ jubebit. PP. II. Kalend. Jul. Chilone et Libone Coss.

SUMMARIA.

1. *Qui bona generaliter pignori accepit, habet prærogativam pignoris, adversus specialem posteriorem hypothecam.*
2. *Specialiter quibusdam rebus pignori obligatis, deinde generaliter omnibus bonis, non perveniri ad alia bona adversus posteriores creditores, quandiu specialis hypotheca sufficit: et cur. et num.* 4.
3. *Species et sententia hujus rescripti.*
4. Jurisdictionem temperandam, *hic quid sit.*

1 QUI generaliter † bona debitoris pignori accepit, potior est eo, cui ex his bonis nonnulla specialiter postea pignori data sunt: quanvis ex cæteris pecuniam sibi debitam redigere possit: sententia est Papiniani in L. 2. D. *qui pot. in pign. hab.* Propone hoc modo: Primo creditori bona debitoris generaliter obligata sunt: Secundo obligatus est fundus Tusculanus specialiter, qui fundus erat ex bonis debitoris. Dicimus jus esse Primo creditori hunc ipsum fundum persequi adversus Secundum creditorem; nec illi quidquam obstare, si in reliquis bonis, quæ Secundo non sunt obligata, satis sit, unde Primo satisfiat. Sententia vera, et regulis juris conveniens. Nam quoties duobus eadem res pignori obligata est diversis temporibus; qui tempore prior est, potior est jure in pignore persequendo, L. 2. *et* L. 3. *infr. qui pot. in pig. hab.* Porro in proposito

to fundus Tusculanus Secundo obligatus, jam ante Primo obligatus fuit, cum generaliter omnia bona debitoris illi pignori data sunt. Nam generali oratione compendio sermonis omnes species tam continentur, quam si specialiter expressæ essent, L. *si servitus*, D. *de ser. urb. præd.* L. *Mævius*, §. *duorum*, D. *de leg.* 2. L. *semper specialia generalib.* D. *de reg. jur.* Sic fit regulæ superiori convenienter, ut Primus creditor in hoc fundo Tusculano potior sit Secundo creditore. Sed et *d. L.* 2. et hoc rescripto docemur, eam sententiam sic accipiendam esse: si omnia bona debitoris generaliter obligata sint Primo creditori sine exceptione et enumeratione cujusquam rei, quæ sit ex illis bonis.

2 Placet † diversum esse, si Primo creditori quædam specialiter obligata sint, deinde generaliter omnia bona debitoris. Nam primum si generaliter omnia reliqua bona obligata sint, sub hac conditione, si pecunia ex rebus specialiter obligatis servari non possit; res dubitationem non habet, quin ex verbis ipsis conventionis Primus creditor prius persequi et excutere debeat res sibi specialiter obligatas; quoniam reliqua bona non sunt illi obligata, si ex rebus specialiter obligatis suum consequi possit. Quo fit, ut si possit consequi, posterior creditor in aliis rebus sibi specialiter obligatis non tam sit potior contra regulam juris, quam solus creditor; cum priori eadem obligata non sint. Hæc est illa species, de qua Papinianus in istam sententiam respondet in *ead. L.* 2. D. *qui pot. in pig. hab.* Sed etsi prius creditori quædam res specialiter pignori obligatæ sint, deinde generaliter reliqua omnia bona, quamvis sine ulla conditione, tamen idem placet, quod supra, Primum creditorem prius persequi et excutere debere res sibi specialiter obligatas, quam perveniat ad ea, quæ ex reliquis bonis Secundo creditori obligata sunt.

3 Quæ † species est, et exceptio hujus rescripti. Finge hoc modo: Primo sic pignus datum est; ædes illæ meæ, et generaliter omnia mea bona tibi sunt obligata pignori: Secundo creditori postea fundus Tusculanus, qui ex iis bonis reliquus erat, obligatus est. Placet Primum creditorem non posse fundum Tusculanum persequi a secundo creditore, nisi prius constiterit eum ex ædibus sibi specialiter obligatis pecuniam sibi debitam redigere non posse. Obstabat huic sententiæ regula superior, quæ efficit, ut in fundo duobus obligatio potior sit jure, qui tempore prior est. Nam hic quidem fundus Primo creditori prius est obligatus: sunt enim illi omnia bona debitoris obligata, et ita in omnibus æquale jus habet, ut rescriptum loquitur. Respondent Imperatores hoc ita esse, ubi generaliter omnia bona debitoris creditori Primo obligata sunt. 4 Sed † in hac specie jurisdictionem esse temperandam, id est, jus illud quod supra posuimus de generali obligatione, esse temperandum, et secundum hoc temperamentum præsidem jus dicere debere. Sed cur in hac specie temperandum jus est, quod rescriptum non exprimit? Nempe quia secundum verba Primo creditori omnia bona debitoris obligata sunt, et ideo fundus Tusculanus, de quo quæritur: sed secundum sententiam contrahentium non sunt quæ sententia hinc colligitur: Non enim frustra Primo creditori specialiter obligatæ sunt ædes, cum satis generali hypotheca continerentur. Et satis declaratur in L. 4. *D. de usur.* cum verba plura de eadem re geminantur, sic geminari videri, ut geminatio aliquam vim habeat. Quod et hic fieri existimandum est. Nunc autem hypothecæ specialiter expressæ alius usus esse non potest, nisi ut creditor prius eam persequatur, et si sufficit, sit contentus, si non sufficit, tum ad reliqua bona perveniat.

Ad L.

Ad L. Creditores. 3.

Iidem AA. Maximo.

Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent. PP. Kal. Maii Antonino A. II. et Geta II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Creditorem pignoris possessionem adipisci solum debere auctoritate magistratus competentibus actionibus.*
2. *Pignoris possessionem qui ingreditur sua auctoritate, eum jus crediti amittere.*
3. Legem conventionis exercere, *quid.*
4. *Eum, qui quamvis ex conventione possessionem pignoris sua auctoritate et vi ingreditur, teneri legibus Juliis de vi.*
5. Debere *verbum quam per se, atque hoc loco significationem habeat.*
6. *Creditorem pignoris possessionem non aliter ingredi debere, quam auctoritate magistratus, etsi convenerit, ut posset sua auctoritate ingredi: et adversus eum, qui contra faciat, quæ sit pœna.*
7. *Pactionem, ut creditori liceat sua auctoritate pignoris possessionem ingredi: creditori re alienata adversus extraneum possessorem nihil prodesse.*

Pignore constituto, creditori jus est pignus tenere, eique incumbere. L. *cum creditor*, 55. *D. de fur.* Hoc si consequitur creditor volente debitore, res caret dubitatione. Si † recusat debitor tradere, placet hoc loco creditorem sua auctoritate possessionem adipisci non debere, sed tantum auctoritate magistratus. Merito: nam nec mulier ipsa, quæ rem suam doti dedit, facultatem habet soluto matrimonio ingrediendi possessionem rei dotalis, id est suæ, sine auctoritate magistratus. *L. dotis*, *sup. sol. mat.* Plus autem juris habet dominus in re sua, quam creditor in pignore. Magistratus auctoritate possessionem adipiscitur creditor, actionibus suis experiundo, ut fieri jubetur in *L. extat*, *D. quod met. caus.* Est autem creditori ad pignus persequendum hypothecaria actio. Hac igitur adversus debitorem, qui pignus non tradat, experietur.

2 Si † contra creditor auctoritate sua possessionem ingreditur, pœna hæc est, ut vim facere existimetur, et simul crediti jus amittat ex decreto D. Marci, *d. L. extat*, *D. quod met. cau.* Non adversatur huic sententiæ, quod in *d. L. cum creditor*, *D. de fur.* dicitur, si creditor rem sibi pignoratam auferat, eum contrectare, idest, furtum facere, non videri. Sane enim furtum non facit, quia dolo malo non contrectat rem ad jus suum pertinentem, sed nihilominus vim facit. Itaque hac pœna tenetur, ut crediti jus amittat: non tenetur pœna furti, ut duplum præstet, aut quadruplum. Hæc minorem dubitationem habent, si in pignore dando non convenerit, ut creditori sua auctoritate liceret possessionem ingredi: jus diserte cautum in *L. pen. sup. de pig. act.* ubi ita scriptum est, *creditorem citra conventionem, aut præsidis jussionem suo arbitrio pignus auferre non posse.* At illud juste dubitari potuit, quæ hujus loci quæstio propria est, num idem dicendum sit, si convenerit, ut creditori liceret possessionem ingredi sua auctoritate, et is conventionis legem exerceat, sic enim rescriptum loquitur. Dicitur † 3
autem creditor possessionem ingressus legem conventionis exercere: ubi convenit, ut illi liceret possessionem ingredi, et ea lege seu conventione utitur; vel potestatem ea conventione sibi tributam exercet, ut licet intelligere ex his locis, *L. si priusquam*, *inf. de distr. pig. L.* 3. L. 4. §. *eleganter*, *L.* 6. *in fin. D. de leg. commis.* Et de ea re ita hujus rescripti sententia est: eos creditores, qui ex conventione possessionem pignoris ingrediantur, hoc differre ab iis, qui sine conventione idem faciunt; quod priores quidem non videantur vim facere, ut posteriores faciunt: quod eo pertinet, ut intelligatur eos non incidere in decretum D. Marci, et jus crediti non amittere; sed omnes in hoc convenire, quod etiam priores conventione superiore non adjuventur, quominus præ-

præsidis auctoritate possessionem adipisci debeant. In quo continentur tres sententiæ, quarum unaquæque cum suam dubitationem habeat, ideo et separatim nobis expendenda est. Prima est, creditores, qui ex conventione possessionem pignoris ingrediantur sua auctoritate, vim facere non videri. Hoc tunc liquido dicitur, cum creditores volentibus debitoribus possessionem occupant sine alia
4 vi. At † quid, si repugnante debitore idem faciant, ut scilicet debitorem expellant, eoque vi expulso pignus possideant? Puto recte videri Azoni, recte Bartolo, eos creditores, qui id faciant, aperte vim facere, et teneri legibus Juliis de vi aut publica, aut privata, prout vis armata, aut sine armis facta erit. Quod mihi plane probari videtur L. *in possessionem infr. ad L. Jul. de vi* ubi ita scriptum est: *si creditor possessionem fundi per vim ingrediatur, eum legis Juliæ de vi privata reum fieri posse.* Nihil in lege distinguitur. Ex quo colligi potest nihil referre, utrum creditor rem sibi non obligatam occupet, an sibi obligatam; et utrum ex conventione possessionem ingrediatur, an sine conventione. Et vero creditori nihil prodesse istam conventionem ad defensionem vis illatæ, hoc argumento certissimo efficitur. Nam etsi nominatim convenisse, ut creditori liceret pignus vi occupare, conventio non esset servanda. Est enim vis omnis in privatis contra bonos mores. *L. 3. D. quod met. cau.* L. *nihil consensui*, *D. de regul. jur.* Ut nihil aliud: certe vim facere delictum est, et quidem inter alia maxime animadvertendum; alioqui legibus publicorum judiciorum non coerceretur. Nulla porro pactio valet, quæ fit contra bonos mores, nulla, quæ ad amovendum quid, aut aliter delinquendum invitat. L. 5. *D. de pact. dot.* L. *pacta, quæ contra, sup. de pact.* Non adversatur hoc rescriptum: nam hactenus dicuntur creditores hoc rescripto vim non facere, si duntaxat sua auctoritate possessionem ingrediantur, cum id a debitore nominatim impetrassent, non etiam si vim corpori debitoris intulerint. Non me movent rationes Joannis, quibus ille apud Accursium in contrariam sententiam utitur: puta, quod ab initio cum debitore placuit, id et invito eo fieri posse. §. 1. *Instit. quib. al. lic. vel non.* L. *de accessionib. in fin.* D. *de diver. tem. præsc.* Item dominum pati injuriam non videri, qui semel voluit. L. *in diem.* D. *de acqu. et aq. plu. arc.* Nam prius recte dicitur de eo, quod jure placuit. Sane vero quod ita placuit, post ea revocari non potest. At in conventionibus injustis hoc evenit, ut non mutatione voluntatis debitorum rescindantur, sed sua sponte ab initio nullius sint momenti. Quod autem dicitur, invitum injuriam non pati, qui semel voluit: hactenus verum est, si proponatur res tantum gesta esse invito eo, qui voluit, ut fit in dicta *L. in diem.* Non idem dicendum est, si vis ei inferatur, quam bonæ leges omnes, ut bonis moribus, et publicæ utilitati inimicam aversantur. *L. nihil consensui*, *D. de reg. jur. L. extat*, *D. quod met. cau. L. si quis in tantam.* L. *pen. et ult. sup. unde vi.* Indicant et leges Juliæ de vi publica et privata.

Secunda sententia est, quæ hoc rescripto non exprimitur quidem, sed per contrarium satis significatur: creditores, qui sine conventione possessionem pignoris sua auctoritate ingrediuntur, vim facere videri. De hac sententia satis initio supra dictum est.

Tertia sententia est præcipue animadvertenda, eos creditores, qui ingrediuntur possessionem sua autoritate, quanvis ex conventione id faciant, tamen id solum præsidis auctoritate facere debere. Quæ sententia incidit in difficultatem ex principio rescripti: ubi cavetur creditores ex conventione possessionem ingressos vim facere non videri: sequitur enim, videri eos impune id facere. Quod si verum est: non debent, ut rescriptum loquitur, idest, non necesse habent, possessionem ex magistratus auctoritate ingredi. Quod ut dissolverent interpretes nostri, varia commenti sunt. Alii † sic interpretantur, *debent*, idest, *possunt.* Non enim habent necesse. Quod perinde est, ac si diceretur: *debent*, *si volunt*, idest, *non debent.* Et inepti sunt, qui nobis persuadere conantur, *debet*, interdum idem significare, quod *potest.* Nam verbum *debet* naturalem intellectum habet etiam idiotis notum, ut is debere dicatur, qui invitus debet, quique invitus facere cogitur, quod debet, ut liquet *ex* L. 1. *in pr. de eden.* L. 1. *D. quod quis. jur. in al. stat.* L. *debitor*, *D. de ver. sig.* Nec quidquam pro istis ad rem facit. L. *observare*, §. *ult. D. de offic. procon.* Ait Ulpianus, *proconsul ingressus provinciam jurisdictionem suam mandare debet.* Scimus esse in potestate proconsulis, utrum jurisdictionem suam mandet, an non mandet. L. *solent*, §. *sicut*, *D. illo tit.* Ex quo effici putant in superiore sententia Ulpiani, verbum *debet* necessario pro *potest* accipiendum esse. Sed fallit eos, quod non animadvertunt Ulpianum in superiore loco non pronuntiare de jurisdictione mandanda simpli-

pliciter, sed de tempore mandandæ jurisdictionis. Sine dubio proconsul non debet, idest non necesse habet jurisdictionem suam mandare, sed si vult mandare, debet tantum mandare ingressus provinciam; ante vero mandare non potest. Quod sentire Ulpianum in eo loco evidenter ratio ab illo subjecta declarat. Ait enim absurdum esse, ut proconsul mandet jurisdictionem, priusquam ipse jurisdictionem nactus sit. Non nanciscitur autem prius, quam sit ingressus provinciam. Præterea illud quod scribitur in *d. L. solent*, §. *sicut*, proconsulem non debere adimere jurisdictionem legato suo, inconsulto principe etiam necessitatem habet eam, quam diximus: ut scilicet si proconsul aliter jurisdictionem adimat, non videatur adempta. Nec obstat, quod prius illic dicitur liberum esse proconsuli adimere jurisdictionem suam legato. Nam hoc continenter temperatur hac conditione, dummodo consulto principe id fiat. Alii interpretantur hoc modo, creditores debent, nempe ex urbanitate. Quod perinde est, ac si diceretur, debent, si urbani esse volunt. Id autem significat, non *debent*. Nam pro non dicto est, quod quis facere, nisi velit, non cogitur. L. *sub hac*, *D. de obl. et act.* Alii, ut Bartolus, rem sic explicant: si convenerit, ut creditori possessionem sua auctoritate ingredi liceret. Sane illi ingredi licebit; sed possessionem ei adipisci non licebit: quasi aliud sit ingredi possessionem, aliud adipisci. Quod aperte refellitur L. 3. *in pr. D. de acq. poss.* ubi traditur unumquemque possessionem adipisci ingrediendo fundum hac mente, ut teneat. Sed nihil his defensionibus est opus. Tene-
6 bimus † nullum creditorem sine auctoritate præsidis, adipisci posse pignoris possessionem, sive convenerit, ut ei facere liceret, sive non convenerit. Neque initium hujus rescripti repugnabit. Nam qui negat creditorem sua auctoritate ingressum possessionem una pœna teneri, is non negat eum in aliam pœnam incidere. Creditores sua auctoritate possessionem ingredientes ex conventione vim non faciunt. Et ideo hac pœna non tenentur, quasi vim fecissent. Sed nihilominus præsidis auctoritate possessionem adipisci debent: ut si contra faciunt, injuste faciant, nec sit impune, ut accidit in iis omnibus quæ contra legem fiunt *L. 1. D. de legib.* Quæremus igitur jam, quæ sit pœna adversus eos creditores. Et quod traditum est de emptore, et similibus qui a domino possessionem accipere debent, et nihilominus eam sua auctoritate adipiscuntur: id recte transferetur ad creditorem, qui sua auctoritate possessionem nanciscitur. Emptor sua auctoritate sine voluntate domini possessionem adeptus, injuste et mala fide possidet. *L. si ex stipulatione. L. fundi. D. de acq. poss.* Idem igitur et de creditoribus in simili caussa dicendum est. Hinc consequens est, si creditor sua auctoritate pignoris possessionem ingressus erit, posse debitorem pignoris possessionem auferre interdicto. *Uti possidetis.* In quo vincetur creditor, qui aut vi, aut clam possidet. Consequens et illud, creditorem fructus rei pignoratæ suos non facere, non magis, quam faciunt cæteri malæ fidei possessores, §. *si quis a non domino, Inst. de rer. divis.* Consequens præterea, creditorem pignus alienantem dominium non transferre: quia injusta possessio apud eum fuerit, quæ pro possessione non habetur. Postremo et illud consequens erit, si creditor pignus vendat, et debitor denuntiet emptori, ne emat, emptorem mala fide possidere, *arg. in L. si fundum*, *sup. de rei vind.* Et in summa recte ita dicemus: ubi convenit, ut creditori pignoris possessionem sua auctoritate ingredi liceret, hæc conventio id præstat creditori possessionem sua auctoritate adipiscenti, ut ipse nihil amittat: non enim jus crediti amittit, quasi vim fecerit; sed non ei hoc præstat, ut quidquam acquirat sine præsidis autoritate. Non enim acquiret possessionem, nisi injustam. Injusta possessio pro possessione non est. *L. si quis vi*, *in pr. D. de acq. poss.* Sed video adversus hanc sententiam hoc dici posse; satis videri creditorem adipisci possessionem ex voluntate debitoris, postquam debitor id ab initio voluit. Quod si ex voluntate ejus: etiam juste, *d. L. si ex stipulatione*, *de acq. poss.* Sed ut voluntate debitoris videatur quæsita possessio, non est satis, voluisse eum initio, nisi in ea voluntate perseveret. Nam in re tradenda, et possessione juste acquirenda non præteritam voluntatem domino quærimus, sed præsentem. *L. fundi*, *D. de acq. poss.* At etiam hic nobis occurretur: nam cum debitor quid ex conventione voluit, placet eum non posse eam voluntatem revocare. L. *vero* 12. *L. antepen. D. de solut.* Sed hoc in iis locum habet, quæ justa conventione placuerunt, quæque ideo inde jure quæsita sunt creditori. Sane enim recte illi semel quæsita debitor invito auferre non potest. *L. ult. D. de pact. d.* L. *vero*, 12. *de solut.* Ad injustas autem conventiones, et ad ea, quæ creditori quæsita non sunt, non pertinet. Nam et injusta conventio pro non interposita est. L.

non

non dubium, sup. de legib. et quod alicui quæsitum non est, id illi adimi dici non potest. Jam cum convenit, ut creditori sua auctoritate possessionem ingredi liceret: hactenus justa est conventio, quatenus id agitur, ut ille sua auctoritate ingrediatur sine vi possessionem. Quare et hactenus jus ingrediendi illi quæritur: quod semel quæsitum nulla voluntatis debitoris mutatio illi adimet. Ut autem prohibente debitore ingrediatur, id est, debitore prius vi dejecto, hactenus conventio contra jus est, et bonos mores: ex qua propterea nulla ejusmodi potestas creditori quæri potuit, nec potest videri illi adimi, quæ quæsita non fuit.

7 Quæsitum † est, si suprascripta conventione interposita debitor pignus alienarit; an possit creditor ejus pignoris possessionem sua auctoritate ingredi, ut vim facere non videatur, perinde ac si nunc quoque pignus a debitore possideret. Respondeo non posse; nec illum adjuvari superiore conventione; quia pacta inter alios facta aliis non nocent. *L. si unus*, §. *ante omnia*, *D. de pact.* Nec offendemur eo, quod manus injectione pacto recepta in mancipium venditum, placet hanc servari suis conditionibus adversus quoscunque possessores, etiam cum quibus venditor nihil contraxit. L. *pen. D. de ser. expor.* L. *si quis sub hoc pacto*, *D. de cont. empt. et vend.* Nam potestas injiciendæ manus in rem aliquam a solo domino retinetur, et retinetur in servos, quos ipse tradit certa conditione, ut si ea conditio non servetur, sibi liceat in servum manum injicere. Et conventio ideo recepta est, ut dominis in servos sua auctoritas constaret, quæ neque in creditorem, neque in res pignori obligatas cadunt.

Ad L. Cum te. 4.

Iidem AA. Bellio.

Cum te pecuniam accepisse, et agros tuos obligasse fatearis, non habes rationem, quod quereris vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solve creditori tuo pecuniam debitam. Dat. III. Kal. Jun. Antonino A. III. et Geta III. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Non dici vi coactum pignori dare, qui necessitate rei familiaris coactus est pecuniam accipere, et pro ea pignus dare.*

QUæritur hoc loco, cur debitor, qui dicit se pecuniam accepisse, et pignus dedisse, non juste quæratur se vi coactum pignori dare. An quod debitor impune vi cogi potest, ut det pignus? Minime vero: qualiscunque enim et cujuscunque rei traditio, aut obligatio vi extorta rata non habetur, L. *metum*, 9. §. *idem*, §. *sed quod*, *D. quod met. cau.* Quid, quod ne solutionem quidem rei ante debitæ vi extorquere concessum est? L. *sed et partus*, §. *ult.* D. *quod met. caus.* Sed intelligendum est, proponi hoc loco eum debitorem, qui non simpliciter diceret se vi coactum esse; sed ideo, quia necesse habuerit dare, si vellet accipere pecuniam, quam creditor alia conditione non daret. Et † respondetur nullum illi in 1
eo necessitatis argumentum esse: cum ipse profiteatur se pecuniam accepisse, quam non accipere ei integrum fuit, ac propterea etiam pignus non dare. Quod si pecuniam accipere voluit, debuit uti lege creditoris: cum liceat unicuique in traditione rei suæ quanvis legem dicere. L. *in traditionibus*, *D. de pact.* Nec multum creditori proderit, si dicat se necessitate rei familiaris coactum, ut pecuniam mutuam acciperet. Nam hæc necessitas a nemine mortalium ei infertur; sed aut proficiscitur a culpa ejus, aut divina voluntate: quam ipse æquo animo ferre debet, non ad alienam injuriam transferre.

Ad L.

Ad L. Præses. 5.

Imp. Antoninus A. Domitio.

Præses provinciæ vir clarissimus jus pignoris tui exsequentem te audiet; nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut (ut dicis) non caussa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit. PP. Idib. Majis Romæ, Duobus et Aspris Coss.

SUMMARIA.

1. *Sententia adversus debitorem lata de pignore, quibus casibus creditori in eo pignore noceat.*
2. *Collusio quid, et quibus rebus arguatur.*
3. *Quæ præscriptio ex persona debitoris noceat creditori in pignore.*

UNA res creditorem pignus persequentem sine controversia summovet, si non probet rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum ille pignus dabat. L. *et quæ nondum* §. *quod dicitur*, *D. eod. tit.* Multo ergo magis, si possessor ultro probet rem in bonis debitoris non fuisse. Hinc quæstio: quid si contra debitorem judicatum sit, quasi res in bonis ejus non esset? Finge debitorem rem, quam pignori obligavit, aliquando petiisse a possessore, et in eo judicio, cum non probaret rem esse in bonis suis, separatum esse. Quæritur, an quemadmodum ea sententia debitori eandem rem postea ab eodem possessore persequenti noceret, sic et creditori nocere debeat: ut quemadmodum exceptio auctori nocet, sic noceat et successori: quod et faciendum esse traditur in *L.* 4. §. *si quis autem in fin.* D.
1 *de dol. mal. et met. except.* Hoc † rescripto traditur, duobus casibus eam sententiam creditori non nocere. Quod ita accipi potest, quasi in omnibus aliis casibus noceat. Quod cum aliter se habeat: ne isto modo accipiatur; tum ut quod hic locus dat, intelligatur: recte fiet, si quibus in caussis hæc sententia creditori in universum noceat, aut non noceat, breviter dicamus. Et in eo hæc distinctio tenenda est. Interest, utrum debitor de re victus sit, priusquam pignus daret, an vero tunc, cum jam rem pignori dedisset. Si ante: sententia adversus debitorem dicta creditori oberit; quia non potuit debitor plus juris transferre in creditorem quam habuit. *L. si superatus*, §. *ult. D. eod. L. si mater*, §. *ult. D. de except. rei judic.* Si pignore jam constituto; refert, utrum ignorante creditore debitor de re pignori obligata egerit, an vero sciente. Si ignorante: sententia adversus debitorem dicta ignoranti creditori non nocebit. *d. L. si superatus*, *in pr. d. L. si mater*, *in fin.* Sin autem debitor egit sciente creditore; sententia ut debitori, sic et creditori nocebit. L. *sæpe*, §. *scientibus*, *D. de re judic.* Hoc postremum quomodo accipiendum sit, docemur hoc rescripto. Placet ergo accipiendum esse hoc modo, si debitor sciente creditore agens ideo victus sit alia de caussa, ne hic quidem sententiam creditori obesse. Id autem contingere duobus modis, qui hoc rescripto comprehensi sunt.

Unus † est, si debitor per collusionem victus sit, idest, si ex compacto passus sit se vinci. Quod ita fieri probabitur, si sciens sua jura, et ea quæ ab adversario dicebantur, falsa esse non ignorans, tamen disimulaverit: Indicat *L. si prolusorio*, *D. de appell.* Quæ exceptio manifestam rationem habet: declarat enim aperte hæc collusio rem in bonis debitoris fuisse: alioqui collusio non esset. Alter † modus est, si debitor ideo victus sit, quia sit summotus præscriptione, idest, exceptione aliqua extrinsecus. Nam præscriptio exceptionem significat. L. *super*, *sup. de long. temp. præs. L. creditor*, *D. diver. temp. præs.* Præscriptionem autem hic accipere debemus exceptionem ex facto debitoris nascentem, non ex jure rei: puta rei judicatæ, aut longi temporis, aut pacti conventi. Rei judicatæ hoc modo: Debitor rem suam persecutus ignorante creditore victus est: deinde iterum eandem rem petiit sciente creditore, et summotus est exceptione rei ante judicatæ. Neutra sententia creditori nocebit: non prior, quia ignorante creditore lata est; non posterior, quia etsi creditore scien-

sciente res acta sit: tamen debitor ob factum suum summotus est præscriptione. Temporis exceptione culpa sua vincitur debitor hoc modo, si passus sit rem, quam pignori obligaverat, usucapi a possessore: deinde cum eam rem a possessore vindicaret, summotus est præscriptione temporis. Ne hæc quidem sententia nocebit creditori, ubi negligentia ipsa debitoris, et usucapio jus pignoris non sustulit. *L. usucapio, inf. eod.* Idem dicendum est, si debitor ideo summotus sit, quia pactus erat, cum possessore se ab eo non petiturum. Hæc omnia ideo creditori non nocent, quia hæ omnes exceptiones possessori natæ sunt, non ex eo quod debitor dominus non esset, cum pignus dabat; sed ex debitoris facto, quod postea secutum est: non debet autem factum cujusquam alteri nocere. L. *de pupillo*, §. *si plurium*, *D. de ope. nov. nunt.* L. *solvendo*, D. *de neg. gest.* Hi casus etsi tantum duo hic proponantur; tamen in his consistere non debemus, sed generaliter definire: si quam aliam ob caussam debitor victus sit, quam quod malam caussam haberet, eam sententiam creditori nocere non debere; puta, si debitor ideo victus sit, quia absens erat: argumentum in *d.* L. *si prolusorio*, §. *ult. D. de appell. et* L. *si ideo*, *D. de evict.*

Ad L. In summa 6.

Idem A. Quinto.

In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit. PP. III. Kal. Aug. Antonino A. IV. et Balbino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Impensas necessarias in rem pignori obligatam factas a creditore ei deberi, et ab eo ultro peti posse: in eas et pignori retentionem esse, quanvis sorte soluta; aut non pignoris persecutionem.*

CUM ait rescriptum, *in summa debiti computari impensas necessarias*: cavendum, ne hic summam debiti principalis, in quam pignus obligatum est, intelligamus. Alioqui dicendum esset, etiam pro his impensis pignus esse obligatum: ut non tantum earum impensarum nomine esset pignoris retentio creditori: sed etiam ultra ejus pignoris persecutio. Quod secus est: eo enim nomine retentionem pignoris creditori dari legimus, actionem autem non aliam, quam in personam, nempe pignoratitiam contrariam. *L. si necessarias, D. de pign. act.* Et certe pignus tantum ab initio in eam summam datum est, quæ tum cum dabatur, debita fuit. Hæ autem impensæ postea deberi cœperunt: ut profecto illius debiti pars esse non possint. Constat autem nisi in quam rem pignus conventione obligatum est, in eam rem pignus non teneri. L. *si non inducta*, *infr. in quib. cau. pig. tac. cont. L. Aristo*, D. *eod.* Quapropter superioribus verbis nihil aliud dici intelligendum est, quam impensas necessarias a creditore factas ob pignoris caussam, esse partem summæ ejus, quæ creditori debeatur: idest, et has quoque non minus, quam principalem sortem esse debitas. Quod et verum est; cum † etiam ultro pignoratitia contraria 1
peti possint; hactenus tamen, ut meminerimus, quod ante dixi, in eas pignoris retentionem esse posse: persecutionem autem pignoris non esse, ubi de his pignus contractum non sit.

Ad L.

Ad. L. Usucapio. 7.

Imp. Gordianus A. Martiano.

Usucapio pignoris conventionem non extinguit. PP. Non. Septemb. Pio et Pontiano Coss.

SUMMARIA.

1. *Pignus usucapione non extingui, quid sit. et n.* 5.
2. *Cur non extinguatur.*
3. *Recte constituta et perfecta durare, et etsi redierint in eum casum, unde incipere non poterant: et in hoc numero esse pignus.*
4. *Usucapionem rerum etiam immobilium et fuisse olim, et nunc esse.*
5. *Usucapione nulla nec mobilium, nec immobilium rerum pignus extingui, ejusque rei argumenta. et num.* 6.
   L. 1. L. 2. C. si adver. cred. *explicatæ. ibid.*
7. *Re usucapta pignus manens quo jure habeatur a creditore.*

Res pignori obligata venit in possessionem extranei ex juxta aliqua caussa, a quo bona fide et per legitimum tempus possessa, tandem usucapta est: mobilis triennio; immobilis decem annis inter præsentes, viginti inter absentes, ut est jus de usucapione constitutum, *Inst. de usuc. in prin.* Usucapione possessor dominus factus est, eademque opera debitor dominus esse desiit. Quæsitum est de pignore, an, ea usucapione amissum esset. Movet dubitationem, quod plus est in dominio, quam in pignore. Quod si usucapione dominium amissum est: consentaneum videtur multo magis pignus exstingui debuisse. Placuit pignus non amitti.
1 Et † res ita definita est in universum: usucapio pignoris conventionem non exstinguit: quæ hujus loci definitio est. Recte, *conventionem*: non enim fieri potest, cum semel convenerit, ut res pignori esset, quin semper verum sit, ita convenisse. Hoc enim ita convenire facti est. Facta nulla juris constitutione infecta fieri possunt. L. *in bello*, §. *facti*, *D. de capt.* Atque hinc satis intelligitur de pignore. Non enim potest esse conventio, ut sit res pignori, quin pignus continuo sequatur: quin est effectus hujus conventionis. L. 1. *in pr. D. de pig. act.* §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Quare si usucapione non exstinguitur conventio pignoris: necesse est et post usucapionem pignus manere, quod ex conventione nascitur. Quod si usucapione non exstinguitur pignus, consequens est etiam re pignorato ab extraneo usucapta, nihilominus pignoris persecutionem creditori salvam manère adversus rei possessorem, eundemque dominum. Et hoc est, quod Papinianus aliis verbis, eadem sententia definit in L. *justo*, §. *non mutat*, *D.* de usurp. et usuc. *non mutat usucapio superveniens, quo minus pignoris persecutio salva sit.*

Objectioni † autem superiori occurrit eodem in loco Papinianus hac ratione: *quia* 2
inquit, *pignoris persecutio nulla societate dominio conjungitur.* Quod periude valet, quasi diceret; si pignus dominii pars esset, sive ita cum dominio conjungeretur, ut qui dominus esset rei, idem transferret in se jus pignoris; recte diceretur eum, qui rem usucepit, et ita dominium acquisivit, per consequentiam dominii etiam jus pignoris in se transtulisse. Nunc autem pignus dominio nulla societate conjungitur: idest, non sic conjungitur cum dominio; ut qui dominus est, eum necesse sit jus pignoris habere. Imo contra, hæc natura est istarum rerum, ut qui dominus est, si jus pignoris in eadem re habere non possit, cum pignus rei nostræ non consistat L. *neque pignus*, *D. de regul. jur.* Quare possessor qui usucepit, quanvis dominium acquisierit; non ideo tamen nanciscitur jus pignoris: proinde nec sibi non quæsitum, alteri adimit. Denique qua ratione fit, per usucapionem rei debitor ejus rei dominium amittat; eadem ratione in contrarium efficitur, ne creditor pignus amittat in ea re constitutum. Nam debitor ideo amittit ejus rei dominium, quia possessor, qui usucepit, dominium acquisivit: duo autem ejus-

jusdem rei domini in solidum esse non possunt. *L.* 5. §. *ult. D. com.* Hæc ratio cessat in pignore. Nam possessor, qui rem usucapit, ea usucapione pignus non acquirit, ac nec potest, cum sit dominus. Quo fit, ut pignus alteri non adimat.

Sed omisso exemplo dominii, quod usucapione amittitur, sunt præterea, quæ huic sententiæ adversari videantur. Primum dicat aliquis, quod ab initio pignus non consistit, si pignus non sit in bonis debitoris; L. 3. §. *ult. L. et quæ nondum*, §. *quod dicitur*, *D. eod. tit.* satis hoc argumenti esse, si res postea in bonis debitoris esse desierit, pignus exstingui. Hoc enim consequens esse ei sententiæ, quæ multis locis tradita est, quod ab initio valuit, nihilominus exstingui, cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat, ut L. *pro parte*, *D. de servit. L. existimo, D. de verb. oblig.* §. 1. *Inst. de inut. stip.* Sed nullum hoc argumentum est.
3 Nam † quod dicitur ea exstingui, quæ in eum casum redeunt, a quo incipere non poterant, de rebus promissis, et necdum impletis dicitur, seu de inchoatis et nondum perfectis, ut probant exempla superiorum locorum, quos modo indicavi. In rebus jam constitutis et perfectis verum non est: indicant exempla *L. parte, D. de his, qui sunt, sui, vel al. jur.* §. *præterea, Inst. quib. non est. per fac. test.* Sed et hoc in *d.* §. *præterea*, generaliter definitur. Hinc est, quod dicitur in *L. ambiguis*, §. 1. *D. de reg. jur.* non esse novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. Inde et illud L. *penult.* §. *ult. D. de verb. obligat.* etsi placeat exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non poterat; non tamen hoc in omnibus verum esse, de quo illic scripsimus. Atqui ad hanc partem posteriorem hæc species, de qua agimus, pertinet. Nam cum convenit ab initio, ut res pignori esset; non tamen ea conventione pignus promittitur, sed statim reipsa constituitur; nec res aliam traditionem, aut præstationem, ut in rebus promissis, desiderat. *L.* 1. *D. de pig. act.* §. *item Serviana. Inst. de act.* Unde et statim tanquam re confecta nascitur in rem actio, *d.* §. *item Serviana.* Quapropter non est, quod dubitemus ita statuere, pignus quidem ab initio constitui non posse ab eo, cujus in bonis res non sit: at ab initio recte constitutum, nihilominus perseverare, quanvis qui constituerat, dominus rei esse desierit.

Videntur præterea contrariæ esse definitioni superiori *L.* 1. *et* L. 2. *supr. si adver. cred. præs. op.* quibus in locis cautum est, diuturnum silentium, item præscriptionem longi tempori decem, vel viginti annorum obstare creditori pignus suum persequenti. Quod negari videtur, cum in rebus immobilibus dicimus usucapionem earum rerum creditori non nocere. Nam ea usucapio non perficitur, nisi decem, aut viginti annorum possessione. *d. tit. de usuc. in pr.* L. *unica sup. de usuc. transf.* Scio ad hæc concilianda vulgo dici, definitionem hujus loci scriptam esse de usucapione rerum mobilium: quia putent usucapionis verbo hanc per usum acquisitionem significari. Ideo nihil dici contrarium, cum dicitur creditori præscriptio longi temporis obesse; quia hæc præscriptio sit ex possessione decem, vel viginti annorum. Sed jam prope convenit inter eruditos omnes, puerilem errorem esse veterum interpretum eorum, qui existimant usucapionem dici in rebus mobilibus, præscriptionem longi temporis in immobilibus. Quasi † non 4
constet de usucapione ita scriptum esse *in pr. tit. Inst. de usucap.* ut Justinianus testis sit etiam hanc veteres utrique generi rerum tribuisse, et ipse eam, quam transformavit, non utrique etiam nunc pariter tribuat. Aut quasi usucapionis definitio, quæ extat in L. 3. *D. de usurp. et usuc.* non ad utrumque genus ex æquo pertineat. Quin imo rerum soli, ut fundi, et ædium maxime usucapio est: ut de quibus liceat observare fere semper exempla proponi sub titulis de usucapionibus, cum de usucapione agitur: de quo alius locus est dicendi. De quo autem nunc agitur, in eo res sic habet. Sive † res mo- 5
bilis triennio, sive immobilis decem, aut viginti annis possessa usu acquisita sit possessori, et uno verbo usucapta; usucapio ad definitionem hujus loci pertinet, et vere in ea caussa est, ut ea nunquam exstinguat pignus, nunquam jure obsit creditori pignus persequenti. Argumento hæc sunt. Primum hoc loco generalis definitio est de usucapione, ut et in *L. justa*, §. *non mutat. D. usurp. et usuc.* Usucapio autem non tantum rerum mobilium est, sed etiam immobilium. Deinde ratio, qua Papinianus *in d.* §. *non mutat.* defendit usucapionem supervenientem non extinguere pignus, non minus ad res immobiles pertinet, quam ad mobiles. Nam pignus rerum immobilium non magis dominio conjungitur, quam pignus rerum mobilium. Quo fit, ut definitione hujus loci in usucapione rerum mobilium admissa, quam omnes concedunt; eadem etiam in usucapione, sive ma-

malumus, in acquisitione rerum immobilium admitti oporteat *L. illud*, D. *ad leg. Aquil.* Postremo si debitor rem pignori obligatam alienat, est æquissimum, debitoris factum et alienationem creditori non nocere: qualecunque sit pignus, sive mobile, sive soli. L. *debitorem*, *inf. hoc tit.* Alienationis genus est usucapio, cum debitor negligentia sua patitur rem usucapi. L. *alienationis*, *D. de ver. sig.* Quare non magis ea alienatio creditori nocere debebit, si immobilis res erit,
6 quam si erit mobilis. Neque † vero huic sententiæ non bene convenit cum *d.* L. 1. *et* L. 2. *sup. si adver. cred.* Nam cum dicimus usucapionem pignus non extinguere: hoc dicimus, silentium debitoris, quo passus est rem suam usucapi, creditori non nocere ad pignus illius extinguendum. Usucapio enim est illa acquisitio, qua dominium acquiritur adversus debitorem propter illius silentium. Cui non adversatur, quod dicitur in *d.* L. 1. *et* 2. diuturnum silentium et præscriptionem longi temporis creditori pignus persequenti obesse. Nam hic diuturnum silentium, et diuturnum tempus interpretari debemus, non id, quo debitor siluit, sed id, quo siluit creditor: denique silentium non debitoris, sed creditoris. Quippe de creditore illic agitur: et præterea esset iniquissimum factum debitoris creditori nocere. Hoc ita est: si nihil proponitur aliud, quam silentium debitoris, quo factum est, ut res usucaperetur; creditor autem non item cessavit, per idem longum tempus: sine dubio neque usucapio illi pignus extinguet, et ipsi pignus persequenti nihil obstabit: non diuturnum silentium ipsius, quia id nunc nullum est: non usucapio, qua res debitori ablata est, quia in hac silentium et factum debitoris versatur: in totum autem definiendum est factum debitoris creditori non nocere, *L. debitore infr. eod.* Quod si et debitor per decem, aut viginti annos siluit, et creditor idem facit in pignore persequendo, ut sic silentium diuturnum creditoris cum silentio diuturno debitoris concurrat: utrique præscriptio longi temporis obstabit, et debitori dominium vindicanti, et creditori persequenti pignus, ut superioribus locis cautum est. Neque ideo adversari putandum est, quod dicitur usucapione pignus non extingui. Cum enim creditor ita summovebitur, nihilominus vere dicetur non extingui illi pignus usucapione, quippe quæ si sola esset, ei non noceret: sed extingui illi suo facto et silentio, quod silentium neque usucapio est neque possessori parit usucapionem. Ejusque rei certissimum argumentum est, quod potest silentium diuturnum creditoris intervenire, ut tamen nulla sit usucapio: quid enim si creditor diu siluisset, dominus autem, idemque debitor per tempus constitutum interpellasset possessorem? Quid si silente creditore res tamen usucapi jure non posset? Finge rem pupilli pignori obligatam, quam constat usucapi non posse. *L. bonæ in pr. D. de acq. rer. dom.* Diceremus in his omnibus summoveri creditorem ob diuturnum silentium suum: ubi tamen apparet non posse dici usucapionem illi obstare, quia hic nulla est. Ad hæc si usucapione et diuturno silentio creditoris concurrentibus dici posset amissi pignoris caussam esse in usucapione, non in solo silentio creditoris: dicendum esset, quoties res esset usucapta, summoveri pignus, etiam si creditor in pignore persequendo diu non siluisset. Caussa enim posita pignoris amittendi, usucapione, necesse esset etiam ubique sequi ejus effectum, amissionem pignoris. Quod secus esse, non alii loci magis probant, quam superiores duo: quibus placet nihil aliud in præscriptione temporis nocere creditori pignus persequenti, quam diuturnum silentium. Propone ergo rem decem, aut viginti annos possessam usucaptam esse; sed pignori obligatam fuisse paulo ante perfectam usucapionem, puta tribus, aut quatuor annis, per quos creditor pignus non est persecutus. Omnes concedent ex suprascriptis etiam locis in silentium, quod non est diuturnum, creditori pignus persequenti non nocere. Non ergo etsi concurreret silentium creditoris cum rei usucapione, ideo diceremus usucapione exstingui pignus: cum per se sola usucapio semper una et eadem sit; quæ tamen pignus non extinguit.

Maneat † igitur, re pignori obligata a possessore usucapta, dum ne silentium ipsum 7
creditoris eum removeat, nihilominus pignus manere. Cujus effectus hic erit, ut eodem jure sit res apud eum, qui usucepit, quo jure futura erat, si ejusdem debitoris mansisset. Ergo creditori pignus persequenti aut pecunia solvi debet, aut pignus restitui. L. *si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. eod. tit.* Possessor dominus sic hac actione conveniatur, potest, ut cæteri possessores extranei, persecutionem impedire debitum offerendo, quo facto possessionem rei sibi constituet. L. *si dominium*, *inf. hoc tit.* Cæterum nisi ipse pecuniam, quæ debetur, solvat, rem creditori restituere cogitur. Si res apud creditorem erit, potest debitor etiam nunc a creditore repetere pignoratitia actione, dum pe-

pecuniam solvat *arg. L. rescriptum.* §. 1. illic, *et cum per injuriam*, *D. de distr. pig.* Quod si apud debitorem res erit, et qui usucepit, rem petere instituat, poterit quidem ab eo vindicare; sed hac lege, ut existimo, si paratus sit solvere debitori, quod ille creditori prius præstitit pignoris luendi caussa. Etsi enim debitor cum creditori solvit, ea solutione liberatus sit; tamen eadem solutione factum est, ut res usucapta novo domino pignoris nexu liberaretur. Cæterum negotiorum gestorum actione idem petere a novo domino non potest. Sic enim definiendum est: quoties eadem res ad duorum utilitatem pertinet æque principaliter, ejus solius negotium gestum videri cujus contemplatione negotium gestum est. L. *si pupilli*, §. *sed si ego*, *D. neg. gest.* Nunc autem quod debitor creditori præstitit, fecit, ut et se liberaret, et pignus lueret: quod emolumentum ad novum dominium æque pertinet. Qua ratione dicemus e converso, si novus dominus cum ab initio conveniretur a creditore, pecuniam illi solverit pignoris sui luendi caussa; ne ipsum quidem eam pecuniam a debitore negotiorum gestorum actione repetere posse, quanvis illum ea solutione liberaverit.

Ad L. Quanvis. 8.

Idem A. Festo.

Quanvis personali actione expertus adversus reum, vel fidejussores, seu mandatores ejus feceris condemnationem: pignoris tamen adhuc habes persecutionem. PP. Id. Mart. Gordiano. A. et Aviola. Coss.

SUMMARIA.

1. *Personali actione electa, atque adeo debitore jam condemnato, non eo magis tolli persecutione pignoris.*
2. *Judicii accepti novatio quæ.*

PIgnore creditori constituto duæ sunt creditori actiones. Una de eo, quod debetur: altera de pignore. Prior in personam est, sive, ut hic nominatur, personalis, adversus eos qui sunt obligati creditori. L. *actionum*, *de oblig. et action.* Quo in numero sunt reus principalis, et fidejussores, idest, qui idem spondent creditori stipulanti. *L. blanditus*, *inf. de fideijus.* item mandatores, qui rebus adhuc integris veniunt ad creditorem, et mandant ei, idest, petunt ab eo, ut velit pecuniam credere debitori futuro. Actio de pignore in rem est, non adversus certam personam, sed adversus quoscunque pignoris possessores: de qua in *L. pignoris inf.*
1 His † duabus actionibus constitutis quæritur, si creditor una agere cœperit, an electione unius altera tollatur, et maxime si actione in personam egerit. Placet non tolli: non enim petitione, sed solutione debitores liberantur. L. 1. §. *si apud duos*, *D. depos.* Quod præcipue locum habet, cum altera actio, qua creditor non egit, est hypothecaria: nam hæc actio tamdiu est, quamdiu pignus manet. Non solvitur autem pignus, nisi aut creditori solutum sit, aut satisfactum. Porro non si lis a creditore contestata est, idcirco illi aut solvi, aut satisfieri intelligitur. Imo vero ideo agit; quia illi non satis fit. Significatur hæc ratio in *L. grege*, §. *etiam*, *D. eod. tit.* Quæsitum est amplius, quid si creditor non egerit tantum actione in personam, sed etiam consecutus sit, ut reus sententia judicis condemnaretur? quæ hujus loci quæstio est. Et placet ne sic quidem pignoris persecutionem amitti creditori, eadem ratione, qua supra: quia quanvis debitor condemnatus sit; non ideo tamen solutum est, aut satisfactum creditori. Quod et ipsum diserte positum est in dicta *L. grege*, §. *etiam*. Huc accedit, quod si debitor ante rem judicatam tenetur, et pignus constitit creditori; multo magis utrumque dici debet, cum erit debitor condemnatus: quia tunc illum certius debere constitit, et tum illius major contumacia est. Cur ergo magis dubitatum est de eo debitore, qui jam condemnatus esset?

Videtur † hæc fuisse dubitandi caussa, quod novatio pignus perimit, ut est, in L. *solutum*, *in pr. D. de pig.* Re autem judicata prior obligatio novatur, ut scriptum est 2

in

in *L.* 3. §. *et ideo*, *supr. de usur. rei jud.* Ex quo effici videtur, et re judicata, ut novatione pignus perimi. Et res ita habet. Novatio pignus perimit, sed ita, si sit voluntaria, idest, si fiat partium consensu extra judicium. Alia caussa est novationis necessariæ, sive judicii accepti: hæc non modo actoris conditionem deteriorem non facit, sed etiam facit meliorem. *L. aliam*, *D. de novat. non solvet*, *D. de reg. juris.* de quo dicetur infra suo loco *ad tit. de novationibus.*

L. Si dominium. 9.

Idem A. Attico.

Si dominium ejus possessionis, quæ pignori data esset a debitrice domina, ad te translatum est: eamque postea creditor, vel ejus heredes detinere cæperunt: vindica eam rem præside provinciæ curante, ut fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur. PP. III. Kal. Octob. Gordiano AA. et Aviola Coss.

SUMMARIA.

1. *Debitorem pignoris dominum manere, hoc jure rem traditam in quemvis transferre posse.*
2. *Pignoratitiam actionem pignore alienato nunquam novo domino competere ad pignus repetendum.*
3. *Pignore alienato a debitore competere novo domino vindicatione adversus creditorem; sed iisdem conditionibus, quibus debitori pignoratitia, si pecunia soluta sit, ut eo nomine satisfactum.*

1 Debitor † pignus dando manente proprietate ejus, solum possessionem transfert ad creditorem, ut est in L. *cum et fortis*, §. *ult. D. de pig. act.* Dominus igitur est, qui prius fuerat: quam ob caussam et rem pignori obligatam vendere potest, ut prius; nec minus ex quavis caussa traditam jure in accipientem transferet. §. *per traditionem*, *in Instit. de rer. divis.* Quod si verum est, sequitur, ut et novus possessor, in quem dominium a debitore translatum est, eam rem vindicare possit, non tantum a quovis alio possessore, sed etiam a creditore ipso, cui res pignori obligata erat, si forte res obligata in ejus possessionem pervenerit, L. *in rem*, L. *officium*, *D. de rei vind.* Cum sint hæc, quæ diximus, juris explorati, non immerito quæri potest, cur sit in hac re dubitatum, ut adiri Imperatorem oporteret. Et videri potest hæc caussa fuisse dubitationis, quod debitor, qui pignus alienavit, si non alienasset, et pignus recuperare vellet, uteretur in eam rem pignoratitia actione. §. *ult. Instit. quib. mod. re cont. obli-*
2 *gat.* Hæc † autem actio ei, ad quem res translata est, competere non potest: nam is neque debitor est, neque debitori successit. Sed non si novo domino pignoratitia actio non est ad pignus recuperandum; eo minus id recuperare potest alia actione, si quam forte eo nomine comparatam habeat. Habet autem ad eam persecutionem vindicationem, ut dominus; id, de quo Gordianus respondet.

Sed † additur, eum pignus recuperaturum eadem lege, qua debitor reciperet; nempe si debitum solvat, vel offerat creditori. Et recte. Nam alienatio debitoris deteriorem creditoris conditionem facere non potuit. *L. debitore*, *inf. eod.* L. *si debitor*, *inf. de dist. pign.* Certi autem juris est, sic debitorem pignus persequi a creditore posse, si pecuniam solvat, aut eo nomine satisfaciat creditori. L. *si rem*, §. *omnis*, D. *de pig. act.* Sed in debito solvendo imputabuntur fructus ex re obligata a creditore percepti, ut hic cavetur: hi in universum debitum extenuant. L. 1. L. 2. *sup. de pig. act. L.* 1. *inf. de distract. pignor.* 3

Ad L.

Ad L. Debitores. 10.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Alexandro.

Debitores præsentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora, seu hypothecas, quas istrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus rector provinciæ auctoritatis suæ auxilium impartiri non dubitabit. Dat. XIV. Kal. Febr. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Ad pignorum possessores perveniri etiam olim non potuisse, nisi prius conventis debitoribus: quam hoc humanum: et quid hic addiderit Novella Iustiniani.*
2. *Debitores prius denuntiationibus conveniendos, quam verum sit, refutatis locis in speciem repugnantibus.*

1 SI creditores † ab extraneis possessoribus pignora persequi velint potius, quam debitorem convenire, id illis olim facere licuisse multis rescriptis declaratur. L. *distractis*, L. *persecutione*, *inf. eod.* L. *ult. sup. de obl. et act.* Id jus temperatur hoc rescripto. Hæc enim lex et conditio ponitur creditoribus, ut si debitores præsentes sint, prius eos conveniant denuntiationibus, id est, prius interpellent eos, ut solvant; sic deinde illis non solventibus pignora jure persequantur. Summo quidem jure licet creditoribus pignora persequi sine ulla debitoris interpellatione. Pignoris namque conventio neque diem, neque conditionem habet; ut proinde sic pura sit et præsens pignoris obligatio. Sed humanitatis ratio aliud jus postulat: ex quo est ista denuntiatio, quam hic exigi videmus. Humanitas et æquitas in eo est, quod præsentes debitores sine incommodo creditoris interpellari possunt; interpellati fortasse solvent: si solverint eadem opera et consulitur creditoribus suum consequentibus, et possessores pignorum non inquietantur. Quod factum postulanti prodest, concedenti non nocet, æquum est id concedi cuivis quanvis extraneo et ignoto. L. 2. §. *quamquam*, *D. de aq. et aq. plu. arc.* Justinianus *Novell.* 4. *de fidejuss.* §. *sed neque*, alias §. *enimvero*, plus exegit a creditoribus. Constituit enim, ut si debitores præsentes sunt, non tantum prius denuntiationibus conveniantur, sed cum illis judicio agatur, nec prius perveniatur ad pignorum possessores, quam excussis debitoris
2 et omnium accessionum facultatibus. Sed † quod hoc rescripto dicitur, debitores præsentes prius denuntiationibus conveniendos, multis diserte scriptis locis contrariis refelli videtur. Ac primum constat, quod pure debetur, statim peti posse, §. *omnis*, *Inst. de verbor. obl.* Si statim, non pendet ex ulla denuntiatione præcedenti. Quod et verissimum est, ac perpetuum: sed tunc locum habet, cum agitur cum ipso debitore. Judicio cum omnibus agi potest, qui nobis obligati sunt, quanvis prius eos non interpellaverimus, ut solverent. Hic autem observandum est agi de eo creditore, qui pignora persequi velit ab alio possessore, quam debitore, ut sequentia indicant: quod quam æquitatem habeat, supra ostendimus. Imo, dixerit aliquis, etsi creditor jus pignoris exsequatur: tamen hoc jure non habet necesse prius debitorem convenire. Nam in L. *distractis*, L. *persecutione*, *inf. hoc tit.* L. *ult. sup. de obl. et act.* traditum est, creditorem posse statim possessores pignorum convenire, neque necesse habere personali actione prius convenire debitores. Sed nihil adversus hunc locum. Non enim dicimus debitores prius conveniendos esse actione et judicio, sed conveniendos denuntiationibus. Rursum hic occurritur. Nam si pignus creditor distrahat: constitutum est id eum jure facere, etiam si prius debitori non denutiaverit, L. 4. *D. de pig.* L. *si cessante*, *inf. de dist. pign.* Sed alia caussa est, cum creditor pignus distrahit; alia cum pignus ab extraneo possessore persequitur. Nam pignoris distractio nocet debitori, qui oppignoravit; persecutio pignoris extraneis possessoribus. Porro cum de debitore agitur, nullum ordinem actionis servamus, sed tantum adversus extraneos possessores, cum quibus creditor nihil

hil contraxit, *auth. hoc si debitor*, *inf. hoc tit.* Ex his apparet, proprie et significanter hoc dictum esse, cum creditor pignora persequitur adversus alios, prius debitores conveniendos esse denuntiationibus; ut intelligamus necessitatem juris his verbis contineri, non autem conveniendos esse de urbanitate, ut vulgo interpretantur. Et fortasse hoc jus est de conveniendis prius debitoribus, cujus mentionem facit Justinianus *Initio Nov.* 3. *de fidejuss.*

Ad L. Nominatori 11.

Iidem AA. et CC. Euphrosyno.

Nominatori pignori capere sine præsidis auctoritate res nominati non licet S. III. Id. Mart. AA. et Coss.

SUMMARIA.

1. *Nominatores in honoribus et muneribus publicis, qui.*
2. *Nominator quibus, ad quid, et quo ordine teneatur.*
3. *Nominatori adversus nominatum quando, qua, et qua de re actio competat.*

SUB persona nominatoris et nominati statuitur hic sententia, quæ generalis est ad omnes creditores pertinens: neminem res debitoris sui capere posse pignori sine magistratus auctoritate: quæ sententia expressa
1 est in L. 3. *sup.* ubi diximus. Quod † ad exemplum hujus loci attinet, *nominatores* dicuntur in honoribus et muneribus publicis deferendis. Nam cum quis aut magistratum municipalem, aut decurionem, aut curatorem Reipublicæ offert, et tanquam idoneum ad eam rem nominat, ex re nominator appellatur, ut intelligere licet ex toto titulo, *de peric. nom. infr. lib.* 11. Eodem modo et si quis apud magistratum tutorem aliquem nominet. L. *adversus*, *supr. de mag. conven.*
2 Qui † ita nominator exstitit, in re quidem publica Reipublicæ obligatur, in administratione autem minorum obligatur minoribus, ut si is, qui nominatus est, in ea administratione, quam suscepit, aliquid contraxerit, et non sit solvendo, id dependat aut Reipublicæ, aut minoribus eo ordine, qui præscriptus est in L. *Imperator*, *D. ad municip.* L. 2. *et ult. inf. quo quis. ord. con. lib.* 11. *et d.* L. *adversus*, *su. de mag. conven.* Postquam nominator † nominati caussa 3
quid solvit, tum incipit nominatus nominatori suo teneri vel mandati, si mandato suo nominatus est; vel negotiorum gestorum, si mandatum non intercessit. In hac obligatione quæritur, an nominator nominati res pignori capere possit. De quo id statuitur, quod supra definivimus.

Ad L. Si uxor. 12.

Iidem. AA. et CC. Eusebio.

Si uxor tua pro pecunia, quam accepit mutuo, res proprias obligavit pignori, eique tu successisti: licet instrumento ejus facti testimonium collatum non sit: soluto tamen debito creditorem de his tibi reddendis solemni jure conveniens. S. V. Kalend. April. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pignoratitia actio qua de re, cui, adversus quem, qua conditione.*

1 CReditor † pignus accipiendo a debitore debitori obligatur, ut debito soluto id ei restituat. §. *ult. Inst. quib. mo. re. cont. obl.* In eamque rem constituta est debitori pignoratitia actio hac conditione, si pecunia soluta erit, aut creditori satisfactum, L. *si rem*, §. *omnis*, *D. de pig. act.* L. *pen. sup. eod.* Hæc actio citra controversiam et heredibus debitoris datur, et in heredes creditoris. §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Hæc ita sunt, quamvis de pignore dato nullum instrumentum interpositum sit, ut hic respondetur. In quo statuitur generalis sententia de vi instrumentorum, quæ expressa est in L. 4. *D. eod.* L. 4. *D. de fid. instr. et similibus locis.*

Ad L. Cum dominam. 13.

Iidem. AA. et CC. Matronæ.

Cum dominam non minorem vigintiquinque annis ea quæ obligaverat, tibi, jure dominii possidere permisisse, et in solutum dedisse, precibus significes, dominæ contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficiet. S. IV. Kalend. Maii. Heracliæ. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Permissum debitoris, ut creditor pignus in solutum sibi habeat, ad dominium transferendum etiam secundum formam communem juris abunde valere: et cur.*

1 CUM † debitor permittit creditori suo, ut pignora, quæ prius acceperat, in solutum sibi habeat: quæritur, an dominium pignorum ea conventione in creditorem transferatur? Tria videntur impedire. Primum, quod nulla hic traditio rerum est; dominium autem nisi traditione non transfertur. L. *traditionibus, supra, de pactis.* Deinde quod nulla hic caussa videtur intervenire nova ad dominium transferendum; at nisi justa aliqua caussa præcedente dominium non transfertur, L. *nunquam*, D. *de acquir. rer. dom.* Postremo de jure dominii impetrando in pignore certa forma præscripta est constitutionibus, qua ad eam impetrationem perveniatur L. 1. *et toto tit. inf. de jur. dom. imp.* Ea forma in hac specie nulla est. Sed nihil hæc obstant dominio transferendo. Nam quod ad traditionem attinet, hæc tunc necessaria est, cum res, quam translatam volumus, non est apud eum, ad quem volumus transferre. Quod si prius apud eum sit, vel quod commodavimus, vel quod apud eum deposuimus, vel quod pignori dedimus; hic nuda voluntas sufficit ad dominii translationem. L. *qua ratione*, §. *interdum*, D. *de acquiren. rer. dom.* Et recte: satis enim prius res tradita erat, ut jam non sit nova traditione opus. Si caussa hic quæritur ad dominium transferendum, est idonea; nempe pro soluto, *L. 4. D. de. Publ.* Quod autem de jure dominii impetrando constitutum est in pignoribus, id adversus debitores invitos, aut ignorantes constitutum

est,

est. Cæterum si debitor, idemque dominus velit rem suam in creditorem transferre: nihil tam naturale est, quam voluntatem ejus in hac re ratam haberi, ut et *in §. per traditionem Instit. de rerum divis.* Proinde in proposito dominium voluntate debitoris in creditorem recte transfertur. Sed cum hac exceptione, quæ hic adjecta est, dum debitor non sit minor viginti quinque annorum, neque res mobiles, quæ servando servari possunt, sine decreto magistratus alienari posse. L. 1. *et tot. tit. D. de rebus eorum, qui sua tut. vel cur. sunt et tit. de præd. minor. supra.* L. *lex quæ, sup. de administrat. tutor.*

Ad L. Distractis. 14.

Iidem AA. et CC. Appiano.

Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti juris. S. Kal. Maii, Heracliæ, AA. Coss.

Auth. *Hoc ita.*

Hoc ita, si debitor ei non satisfaciat ex pretio rei venditæ: quod ut fiat, permittitur ei vendere.

Ad L. Debitorem. 15.

Iidem AA. et CC. Basilidæ.

Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. V. Non. Maii, Heracliæ, AA. Coss.

Ad L. Persecutione 24.

Iidem AA. et CC. Marco.

Persecutione pignoris omissa, debitores actione personali convenire creditor urgeri non potest. S. IV. Kal. Jan. Nicomed. CC. Coss.

Auth. *Hoc si.*

Hoc si debitor possideat, alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo et intercessore. Et si nec ex hypothecis debitoris satisfiat, tunc demum intercessoris hypothecæ, si quæ sunt, petantur: quod jus et in heredibus locum habet.

SUMMARIA.

1. *Pignore distracto a debitore, nihilominus jus pignoris creditori integrum manere.*
2. *Quo ordine perveniatur ad pignorum possessores, olim et nunc.*
3. Auth. hoc ita. C. de pig. *de quibus hypothecis interpretanda* Novellæ de litigiosis, in §. ab hoc, *sententia ibidem.*

1 Debitor † pignus alienando, uti rei dominus erat, ita dominium ad accipientem transfert: L. *si dominium, sup. hoc tit.* sed hac alienatione creditori non nocet. Manet enim salvum jus pignoris, quod ab initio recte constitutum est. *L. si debitor, inf. de distr. pig. L. distractis, L. debitorem, hic.* Adjicitur ratio in *L. debitorem*; non enim potest debitor creditoris conditionem deteriorem facere. *L. solvendo, D. de negot. gestis.* Sumptum ex præceptis juris, quibus præcipitur, alterum non lædere, suum cuique tribuere. *L. justitia, D. de just. et jur.* Itaque pignore alienato creditor pignora a possessoribus persequi potest. Est enim persecutio pignoris in rem, *d. L. debitorem, in fin. et L. pignoris, infr.*

2 Inde † quæsitum de ordine conveniendorum possessorum, utrum creditor debitores prius convenire debeat, sic deinde iis non solventibus pervenire ad pignorum possessores: an vero sit in arbitrio creditoris adversus utros experiatur? Et jus vetus fuit ita, ut hujus rei electio esset creditoris. *L. distractis, L. persecutione, hic* L. *ult. supr. de obl. et act.* Præterquam in fisco pignus tacitum vindicante: de quo humanitatis caussa jam olim idem placuerat, quod postea generaliter admissum est in omnibus creditoribus, et omnibus hypothecis, etiam de quibus nominatim conveuit. *L. Moschis, D. de jur. fisc.* Jus ergo, ut dixi, in totum mutatum Justiniani constitutione *Nov. 4. de fidejus. §. sed neque* unde fragmentum in *Auth. hoc si debitor, hic*, et exemplum fisci superius admissum ad hanc sententiam, ut non aliter ad pignorum possessores perveniri possit, siquidem alii pignus possidebunt, quam debitore prius convento, et excussis ejus facultatibus, repertum sit eum non esse solvendo.

Sed † hoc jus postea temperatum est ab eodem Justiniano in *Nov. de litigios. §. ab hoc*, unde fragmentum in *Auth. hoc ita*, ad hanc sententiam: ut si creditor adversus debitorem pignus adhuc possidentem de hypotheca agere cœperit, et controversia mota debitor pignus alienet: in hac specie liceat creditori statim pignori emptorem eundemque possessorem convenire, et pignus persequi, si ei de pretio ejus alienatione satisfactum non sit. Hoc ita interpretandum esse in constitutione Justiniani recte visum est Joanni veteri interpreti: cujus et sententia omnium consensu recepta est. Etsi enim Justinianus in ea constitutione de litigiosis, qua parte agit de hypothecis alienatis, nihil exprimat, quo tempore alienatæ sint: utrum controversia de his adversus debitorem mota; an vero non mota; tamen de iis agi, quæ mota adversus debitorem controversia postea alienatæ sunt, cum ex instituto Justiniani satis intelligitur, tum ex exceptione, quam priori disputationi Justinianus subjicit. Justinianum ejus est, tota ea constitutione agere de rebus litigiosis. Quamobrem de hypothecis agens, etiam de iis agere intelligendus est, quatenus litigiosæ videri possunt. Prius autem definierat litigiosum, de quo lis possessori mota erat. Deinde post excipit ab ea definitione hypothecas. Non potest exceptio existimari, nisi quæ verbis et finibus definitionis continetur: ut si quis ædes leget, stulte excipiat libros: quia etiam sine hac exceptione libri appellatione ædium non continerentur. Quare quod generaliter in *authent. hoc ita*, scriptum est, id ad speciem hypothecæ litigiosæ, de qua dixi, referri debet. 3

Ad L.

Ad L. etsi frater 16.

Iidem AA. et CC. Heroidi.

Etsi frater tuus non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit, ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quærere non potuit. Subscripta III. Id. Maii, Hadrianopoli, AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Qui pecuniam mutuam dedit suo nomine, quanvis alienam, pignoris obligationem domino pecuniæ quærere non posse; et cur.*

2. *Qui pecuniam alienam mutuam dat nomine domini, eum domino acquirere et condictionem pecuniæ, et pignoris eo nomine accepti obligationem.*

Cum quis pecuniam alienam mutuam dat suo nomine, ei cujus pecunia est, condictionem non acquirit, quia non vult; sibi acquirit, si nummi ab accipiente consumpti erunt. L. *nam et si fur*, D. *si cer.*
1 *pet.* In † eam obligationem si pignus accepit, pignus illi obligatum est; ei, cujus pecunia erat, pignus non est constitutum, ut hic traditur, his de caussis. Nam si ex eo mutuo nulla obligatio nata est, ut fit nummis adhuc exstantibus: non potest ullum pignus esse neque ei, cujus pecunia est, neque adeo ei, qui pecuniam suo nomine dedit: non est enim pignus, nisi pro debito, et obligatione præcedente. L. *res hypothecæ*, D. *eod.* §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Quod si ex ea numeratione condictio mutuanti nata erit, quod fit nummis consumptis; tamen ei cujus pecunia est, ideo pignus acquiri non potest, quia ei nihil debetur, cui principalis obligatio non est quæsita; neque vero alii res pignori obligari potest, quam creditori; quoniam pignus accessio est principalis obligationis. *d.* L. *res hypothecæ*, D. *eod.* L. 4. §. *si ex conventione*, D. *de rei jud.* Quin † 2
etiam, etsi quis pecuniam alienam mutuam det domini nomine, et pignus illius nomine accipiat: acquiritur quidem domino condictio. L. *certi*, §. *si nummos*, D. *si cer. pet.* quasi ipse pecuniam dedisset per alium. At pignoris obligatio illi olim non acquireretur, quam placet per liberam personam quæri non posse. L. *solutum*, §. *per liberam*, D. *de pig. act.* Hodie ex constitutione Justiniani quanvis suam quis pecuniam dederit alieno nomine: is, ut condictionem acquirit extraneo, et acquirebat olim: sic et acquirit pignoris obligationem. L. 2. *supr. per quas pers.* Post quam constitutionem non erit inutile, quod adjicitur hoc loco de eo, qui pecuniam alienam suo nomine dedit, ac pignus accepit. Intelligimus enim hodie ideo recte adjici: quia ad eum non pertineat, qui pecuniam ad se pertinentem dedit alieno nomine, et pignus accepit.

Ad L. Quanvis 17.

Iidem AA. et CC. Pontiæ.

Quanvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium: tamen nisi specialiter, vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in caussam pignoris non deduxit. Sane personali actione debitum apud præsidem petere non prohiberis. S. XII. Kal. Jun. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Rem aliena pecunia emptam non esse pignori obligatam ei, cujus pecunia empta est: excepto pupillo, cujus pecunia res empta sit et cur.*

1 Quod † dicitur pignus contrahi conventione, eaque debitoris interposita cum creditore. L. 1. *in pr.* D. *de pig. act.* L. 4. D. *de pig.* §. *item Serviana*, *Institution. de act.*

act. declarat nullius debitoris rem creditori obligari inter vivos, nisi specialiter: aut generaliter convenerit, ut esset obligata, ut hic dicitur: idem in L. *Aristo*, D. *quæ res pig. obl. non pos.* Porro res empta ejus est, qui eam emit suo nomine, et cui suo nomine tradita est, quanvis eam emerit aliena pecunia. L. *multum*, L. *qui aliena*, *sup. si quis al. vel sib.* Quo fit, ut quæ res hic emptoris est, non sit pignori obligata ei, cujus pecunia empta est; quia de pignore nihil convenerit: quæ sententia est hujus loci. in hac re pupillum excipimus, cujus ex pecunia si quid emitur, id ei pignoris jure tenetur. L. *pen. supr. de ser. pig. dat. man.*

Ad L. Pignoris 18.

Iidem AA. et CC. Evodio.

Pignoris vel hypothecæ persecutio in rem est. S. Kalen. Decembr. Sirmii. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pignoris persecutio quæ actio, cui detur, adversus quem, cujus rei gratia.*

2. *Pignoris persecutio cur dicta Serviana, quasi Serviana, hypothecaria, et interdum pignoratitia.*

1 De pignore † jure prætorio nascitur actio L. *si tibi*, §. *de pignore*, D. *de pact.* Hæc actio non in personam est, sed in rem, ut hoc loco admonemur, et L. *pignoris*, D. *eod.* item, §. *item Serviana*, *Instit. de act.* Hinc intelligimus et cui detur hæc actio, et in quem, et cujus rei gratia, seu quis sit hujus actionis exitus. Quod persecutio pignoris est, ex eo intelligimus eam creditori dari. Non enim persequitur pignus, nisi qui pignus habet. Non est autem pignus constitutum, nisi creditori. L. *etsi frater*, *supr.* Quod in rem esse dicitur, eo declaratur actionem esse non adversus debitorem, aut debitoris heredes; sed adversus omnem, qui pignus possidet, tenetve; quæ omnium actionum in rem conditio est. L. *si fundus*, §. *in vindicatione*, D. *eod.* L. *actionum*, D. *de obl. et act.* Quod si adversus possessorem est: consentaneum est adversus eos etiam dari, qui non possident quidem, sed pro possessoribus habentur. Hi sunt, qui dolo desierunt possidere. L. *qui dolo*, L. *parem*, D. *de reg. jur.* L. *qui petitorio*, *in pr.* D. *de rei vin.* Eadem re admonemur hujus judicii exitum esse, ut possessor rem creditori restituat, nisi malit creditori solvere, quod debetur. Nam ea solutione pignus liberatur: quo liberato, nulla relinquitur creditori pignoris persecutio. Quod si neque solvit possessor, neque pignus restituit, tunc lis adversus eum æstimatur, quanti ea res est, pro ea distinctione, quæ est in *d.* L. *si fundus*, §. *in vindicatione*, *et* L. *si inter*, §. 1. D. *eod.* Huc facit L. *qui restituere*, *in fin.* D. *de rei vind.*

Hæc † actio ne nos fallat, cum in jure nominatur, nomen tenendum est. Sciendum est igitur, eam a prætore, a quo primum comparata est, *Servianam*, et *quasi Servianam* dici: a re ipsa dici *hypothecariam*, non pignoratitiam: §. *item Serviana*, *Inst. de act.* propterea quod non persequitur creditor pignus, nisi id, quod ab alio possidetur. Id autem pignus proprie hypotheca dicitur, non proprie pignus, L. *si rem*, §. *proprie*, D. *de pign. act.* Pignoratitia actio et in personam est, et debitori competit adversus creditorem, aut creditoris heredes, ut pignus pecunia soluta ei reddatur. §. *ult. Instit. quib. mod. re cont. obl.* Recte pignoratitia, quæ debitori datur de eo pignore, quod ipse creditori tradidit: quod, ut jam dixi, proprie pignus dicitur. Interdum tamen confunduntur ista, et actio hypothecaria dicitur pignoratitia, ut L. *rem alienam*, D. *de pig. act.* L. *duobus*, D. *de except. rei jud.* L. 3. §. *est autem*, D. *ad exhib.* L. *communi*, §. *si inter*, *D. com. divid.* 2

Ad L.

Ad L. Sicut. 19.

Idem. AA. et CC. Maximo.

Sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse: ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur. Dat. XVII. Kal. Januarii. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Culpam etiam et custodiam creditorem præstare debere in pignore; et custodiæ verbo quid contineatur.*

1 Pignoratitia † actione tenetur debitori creditor, ut debito soluto pignus debitori integrum reddat, et tale, quale accepit. §. *ult. Inst. quib. mod. re con. obl.* Et sine dubio ita tenetur, si rem talem habet apud se, qualem accepit. Quid si aut non habet, aut deterior facta est? Distinguitur; ut siquidem casu fortuito, seu vi majore res absit, aut deterior facta sit, non teneatur creditor. Casus fortuiti nullo judicio præstantur ab eo, qui rem præstare debuit, L. *quæ fortuitis, supr. de pig. act.* L. *contractus, in fin.* D. *de reg. jur.* Sin aliter ista contigerunt, placet omnimodo creditorem teneri, sive dolo ejus factum sit, sive culpa; nec solum ea culpa, quæ in faciendo sit, sed etiam quæ in negligendo, quæ posterior custodiæ exhibendæ verbo hic significatur: dum scilicet ipse rem corrumpi aut amitti patitur, eam custodiam et diligentiam non adhibendo, quæ a diligente patrefamilias adhiberi potest: ut et in L. *si cum venderet*, §. *ult. et* L. *seq.* D. *de pign. act.* Hæc ideo; quia in contractu pignoris utriusque utilitas versatur, et debitoris, et creditoris, ut declaratur in *d.* §. *ult. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Id autem est ex ea distinctione, quæ pluribus explicatur in L. 5 §. *nunc videndum, D. comm.*

Ad L. Creditor 20.

Iidem. AA. et CC. Alexandro.

Creditor ad petitionem debiti urgeri jure minime potest. Quapropter eo, quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato, et si non velint accipere consignato atque deposito: de reddendo pignore hos præsidiali notione covenire. PP. XVII. Kalend. Februar. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Obsignatione sola pecuniæ pignus liberari, et quali.*
2. *Oblatio sola pecuniæ in judicio facta etsi pignus non liberet; prodest tamen debitori ad pignus et retinendum et repetendum.*

Jure constituto pignus ita liberatur, si pecunia creditori soluta erit, aut eo nomine creditori satisfactum. L. *si rem*, §. *omnis, D. de pig. act.* L. *item*, §. 1. *D. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.* Hoc jus si ad verbum exigimus, periculose constituitur adversus debitorem. Nam non solvitur pecunia creditori, nisi ille oblatam accipiat. At fieri potest, ut non accipiat, quanvis injuria. Fieri etiam potest, ut paratus sit accipere, sed dicat sibi plus deberi, quam offertur: et ideo priusquam quidquam accipiat, postulet de ea re judicio constitui. Quod si fit, res eodem redit. Non enim potest judicio constitui de eo, nisi ipse agat: porro nemo cogitur invitus agere, *tit. ut nemo invit. ag.*

vel

vel accus. cog. supra. Ita fit ut nunquam invito creditore pignus liberetur, si præfracte solutionem exigimus. Id ergo ne fieret, remedium inventum est, quod pro justa solutione cederet: ut sic et fidejussores, et pignora ipso jure liberarentur, quanvis invito
1 creditore. Id † remedium est non oblatio pecuniæ sola, sed oblatio cum obsignatione pecuniæ et depositione conjuncta: id est, ut recusante creditore debitor coram testibus numeratam pecuniam sacculo includat; sacculum clausum obsignet; obsignatum deponat in eum locum, de quo judex idoneus constituerit. Hæc indicantur plenius in L. *acceptam, sup. de usur.* Idem hoc loco dicitur brevius. Similes loci notantur ab Accursio. Hæc autem liberatio pignoris ex eo est, quod hæc obsignatio et depositio solutionis vim habet
2 L. *obsignatione*, *inf. de sol.* Ergo † sola oblatio neque principalem obligationem tollit, neque pignus liberat. Interdum tamen prodest debitori: si is puta pignus possideat, et pecuniam creditori offerat in judicio. Sic enim consequitur, ne cogatur pignus reddere, non quia pignus liberatum sit, sed quia obstet creditori agenti doli exceptio. *L. potior*, §. *ult. D. qui pot. in pig.* Prodest etiam debitori ultro pignoratitia actione agenti, qui item pecuniam in judicio creditori offerat. Prodest autem eo, ut recte agat, et creditor damnari debeat. *L. si rem*, §. *ult. D. de pig. act.* Quippe pignoratitia actio has conditiones habet, si pecunia soluta sit creditori, aut ei satisfactum. Quæ conditio ex regula juris toties pro impleta habenda est, quoties per creditorem, cujus interest eam conditionem non impleri, stat, quo minus impleatur, L. *in jure*, *D. de regul. jur.*

Ad L. Res obligatas 21.

Iidem AA. et CC. Vieto.

Res obligatas exterus debito soluto liberando datum petere, non earum dominium adipisci potest. Datum II. Kal. Novemb. Retiariæ. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Solvendo pro debitore extraneus quivis ut debitorem etiam invitum, ita et pignus liberet.*
2. *Solventem pro debitore et pignus liberantem non ideo quidquam juris in rem liberatam consequi.*
3. *De pecunia alterius nomine soluta esse adversus eum actionem mandati, aut sine mandato negotiorum gestorum actionem.*
4. *Solventi pro debitore et pignus liberanti dominium, ut pignus acquiri ex conventione, si aut ei res vendita, aut pignus in eum translatum sit: sine conventione etiam pignoris retentionem.*

1 Quivis † pro debitore solvendo creditori, debitorem et ignorantem, et invitum liberat. *L. solvendo. D. de neg. gest.* L. *solvere*, L. *solutione*, *D. de solut.* Unde evenit, ut eadem opera et accessiones liberentur, id est, fidejussores et pignora. L. *in omnibus speciebus*, *D. de solution.* atque hæc
2 in debitore vis est hujus solutionis. Nam † quod ad extraneum attinet, qui solvit; non propterea in rem, quam nexu pignoris liberavit, quidquam juris nanciscitur. Non dominium, de quo hic scriptum est: non pignus, de quo scriptum est in L. 1. *in prin. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Utrumque ideo, quia ad dominium acquirendum, et pignus constituendum pariter domini voluntate et conventione est opus. *L. in omnibus rebus D. de obl. et act.* L. *quanvis*, *sup. hoc tit.*

Tantum † is, qui solvit, hac solutione id 3
assequitur, ut quod solvit, possit repetere a debitore, quem liberavit: non tamen quia negotium utiliter ab eo gestum. Ut autem repetat, consequitur aut mandati actione, si mandato debitoris solvit, aut sine mandato actione negotiorum gestorum, quia utiliter in rem ejus impendit, dum eum liberat. L. 2. D. *de neg. gest.* L. 3. *et* L. *filius*, *sup. eo. tit. de neg. gest.* Sed † hæc ita accipienda 4
sunt, si extraneus ita solum solvit, ut debitorem liberaret, quod verba ipsa rescripti satis significant, quæ ad solutionem et liberationem debiti solum conferuntur. Quod si ita pecuniam creditori dedit, ut pignus emeret, dominium in eum transfertur non minus, quam si a domino emisset. *L. non est novum: D. de acq. rer. dom.* Sed etsi citra emptionem

nem ita pecuniam solverit creditori, ut idem pignus sibi obligaretur, rata erit conventio, et in jus creditoris succedet. L. 1. *inf. de his, qui in prio. cred. loc. succ.* Neque vero aliter ullum jus dominii, aut pignoris in re liberata sibi exterus acquirit. Sane et sine emptione; itemque superiore conventione de pignore constituendo, extraneus, qui debitoris nomine solvit, et pignus luit, consequitur ejusdem rei retentionem in eam summam, quam solvit, *d. L. 1. in pr. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* non tamen pignoris jure, sed per exceptionem doli mali, quæ iis omnibus possessoribus rei alienæ conceditur, qui in eam rem sumptus fecerunt, dum ab his res repetitur non solutis sumptibus. *L. sumptus*, L. *in fundo*, *D. de rei vind. L. plane*, *D. de petit. her.*

Ad L. Secundus. 22.

Iidem AA. et CC. Antiochiano.

Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus et a æbitore sortem, ejusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras accipere potest. P. III. Id. Decemb. Nicomed. CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Posteriorem creditorem priori pecuniam solvendo pignus sibi confirmare, non tantum in sortem sibi debitam, sed et in eam summam quam solvit, item et in usuras, quæ priori solvendæ essent: non etiam in usuras usurarum ab ipso solutarum.*

CUM duobus creditoribus diversis temporibus eædem res obligatæ sunt, sic prior creditor in pignore potior est, ut secundus adversus priorem nihil juris habeat.
1 Sed si posterior † priori creditori solvat, vel offerat, quod ei debetur: illo remoto posterior in pignore aut solus, aut certe primus esse incipit, atque ita sibi pignus confirmat. Sed quod præcipue animadvertendum est, confirmat sibi pignus non tantum in debitum suum, sed etiam in omnem caussam, qua debitorem a priore creditore liberavit, ut est in *L. in bello*, *§. si pignori*, *D. de cap.* Et in summa in locum prioris creditoris succedit, ut traditur in *L. 5. in prin. D. de distr. pig.* Proinde confirmat sibi pignus non tantum in sortem, quam priori creditori solvit, sed etiam in ejus sortis usuras, quæ præstandæ fuissent, ut hic scriptum est. Quibus verbis intelligo posteriorem sibi confirmare pignus, non tantum in eas usuras quas priori solvit: de quibus ex locis a me supra indicatis non dubitatur; sed etiam in eas usuras, quas non solvit, sed quæ creditori priori solvendæ essent, si ejus obligatio non esset sublata. Ut quemadmodum illi præstandæ essent, sic et posteriori creditori præstandæ sint ex mora: quoniam is, ut diximus, in locum prioris succedit, dicta L. 5. *de distr. pig.* Hinc quæsitum, an posterior creditor, quemadmodum sortis prioris solutæ usuras consequi potest, ita etiam possit exigere usuras earum usurarum, quas priori solvit. Finge posteriorem creditorem priori solvisse sortem mille aureorum, et ejus sortis usurarum nomine centum, quæ illi creditori deberi cœperant. Quæro, an quemadmodum sortis mille aureorum exigere potest posterior creditor, ita possit etiam exigere usuras earum centum, quæ nomine usurarum priori solverat. Quod quidem prima ratione quis dixerit. Nam in actione negotiorum gestorum id totum sors est, quod quis alieno nomine impendit. L. 2. D. *de neg. gest.* Quod si usuræ supra solutæ in ea actione pars sunt sortis; consequens est etiam ejus partis usuras ex mora accedere. Nam actio negotiorum gestorum bonæ fidei est, §. *actiones*, *autem Institut. de act.* In bonæ fidei autem judiciis usuræ ex mora veniunt. L. *mora*, §. *in bonæ fidei*, *D. de usur.* Et hoc loco respondetur, posteriorem creditorem usuras tantum sortis a se solutæ una cum sorte consequi posse, usuras autem usurarum a se solutarum consequi non posse. Superiori autem objectione occurritur in L. *creditor*, §. *sciendum*, D. *qui pot. in pig. hab.* ad hunc modum. Recte enim diceretur usuras priori creditori solutas pro sorte habendas esse, si negotiorum gestorum actione peterentur. Nunc autem de his negotiorum gestorum actio locum non habet. Nam posterior creditor dum prio-

priori solvit et sortem et usuras illi debitas, negotium debitoris non gerit, sed suum. Non enim solvit debitoris liberandi caussa, sed pignoris, et juris sui confirmandi gratia. Ita relinquitur, quod solutum est, id partim sortem esse, partim sortis usuras. Certi autem juris est usuras usurarum exigi non posse. L. *placuit*, D. *de usur. L. ut nullo*, *sup. de usuris.*

Ad L. Major. 23.

Iidem. AA. et CC. Macedoniano.

Major annis vigintiquinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum, vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest. S. XVIII. Kal. Jan. Nicomediæ, CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Remissione et conventione sola pignus solvi.*
2. *Jurisdictio quid.*
3. *Remissione directa pignoris maxime pignus solvi ipso jure.*
4. *Etiam tunc, cum res tradita est creditori.*
5. *Obliqua quoque remissione, idest, pacto interposito de pecunia non petenda, etsi fortis liberatio contingat tantum per exceptionem, pignus tamen ipso jure tolli.*
6. §. de pignore. L. si tibi, D. de pact. *explicatus.*
7. L. 2. C. de remis. pig. *explicata.*

Remittit pignoris conventionem creditor qui paciscitur, ut a pignoris conventione, idest, a pignore discedatur, nec res
1 amplius sit pignori. † Hoc qui pactus est, pignus amplius persequi non potest, ut hic traditur: hoc est, pignus conventione et remissione creditoris solvitur. L. *inf. de remiss. pig.* Id eo fieri dicitur hoc rescripto, quia pactum, quod inest in hac remissione, tametsi solum sit, et ut juris auctores alibi loquuntur, nudum: tamen ejusmodi est, quod jurisdictio tueatur secundum voluntatem creditoris. Jurisdictio, idest, prætor, et quivis magistratus ex edicto prætoris de pactis. L. *jurisgentium*, §. *aut prætor*, *D. de pact.*
2 Jurisdictio † est magistratuum auctoritas, et potestas in jure dicundo. L. *non possunt*, *et L. seq. D. de legib.* Quæritur, an remissione creditoris pactum tollatur ipso jure, an per exceptionem tantum? Quorum alterum ex verbis hujus rescripti certo colligi non potest. Nam is dicitur, non posse rem persequi, non tantum qui ipso jure non potest, sed etiam qui per exceptionem removetur. L. *nihil interest*, D. *de reg. jur.* Et tamen res digna est cognitu propter locos de hac
3 quæstione in speciem dissentientes. Nos † statuemus, ut consensu creditoris pignus contrahitur, ita contrario consensu ipso jure et remitti et dissolvi. Remissio et conventio creditoris duplex est, directa, et obliqua. Directa, qua aperte et recta paciscitur, ut ab hypotheca discedatur, sive ne de hypotheca amplius agat. Hæc conventio citra controversiam dicitur pignus solvere, in L. *solvitur*, D. *quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Solvi dicitur, quod omnino solvitur, idest, ipso jure, §. *item per acceptilationem*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* Et vero id consentaneum est regulæ juris, quæ dictat, quibus quidque modis contractum, aut constitutum est, iisdem modis in contrarium actis dissolvi. L. *nihil tam naturale*, L. *fere*, D. *de reg. jur.* Constat autem pignus sola conventione contrahi, sive creditori tradatur, sive non tradatur. L. 1. *in prin. D. de pig. act.* L. 4. D. *de pign.* Proinde et contraria conventione tolletur, quæ definitio expressa est in *d.* L. 2. *inf. de remis. pign.*

Nec † multum ad rem faciet, si pignus 4
propter conventionem traditum sit creditori. Nam hæc traditio non facit, ut magis pignus contrahatur, quam ante traditionem. Denique pignus quanvis traditum, sola tamen conventione constitutum est, nen etiam traditione: proinde et sola conventione, quanvis traditum, tolletur. Nec obstat, quod in L. *ab emptione*, D. *de pact.* dicitur ab emptione et cæteris contractibus, qui consensu perficiuntur, contrario consensu discedi posse rebus adhuc integris, idest, nulla re ab alio alteri data, aut tradita. Nam ex eodem loco discimus, a superioribus contractibus etiam rebus non integris discedi posse, dummodo non paciscamur, ut nobis quid præstetur ab adversario, et nova obligatio

adver-

adversus eum non constituatur, quod postremis ejus legis verbis demonstratur. At in pignore, quanvis id traditum sit creditori, si paciscatur creditor, ut a pignore discedatur: non id agitur, ut ipse quidquam præstet, sed tantum ne pignus petat. Quam ob rem etiam tunc sine exceptione ea con-
5 ventio valebit. Obliqua † pignoris remissio
est, cum creditor non de pignore paciscitur aperte, sed de debito non petendo. Nam qui ita de debito paciscitur principaliter, etiam per consequentiam de pignore non petendo pacisci intelligitur. L. *solvitur*, §. *si paciscatur*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* propterea quod pignus accessio est principalis debiti, ac principali caussa sublata, accessioni locus esse non potest. *L. cum principalis*, *D. de reg. jur. L. in omnibus speciebus*, *D. de solut.* In hac specie, quia principalis obligatio non tollitur, nisi per exceptionem pacti conventi: *L. 5. D. de pact.* §. *præterea Inst. de excep.* idcirco dubitari potest, an pignus quoque non nisi per exceptionem remittatur. Dicemus etiam in hac specie pignus ipso jure tolli. Nam aperte dicitur hoc modo solvi in *d. L. solvitur*, quo verbo diximus juris solutionem et liberationem intelligi. Ejusque rei argumenta hæc sunt. Nam et aliis modis cum debitor de debito liberatus est solum per exceptionem, tamen pignus liberari dicitur. Ut, si deferente adversario juraverit se non debere, aut si absolutus sit sententia judicis. L. *si deferente*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Ex quibus tamen caussis tantum debitor per exceptionem liberatur, non ipso jure. §. *æque et* §. *seq. Inst. de excep.* Proinde idem dicendum est, et si debitor pacto tantum convento de debito sit liberatus. Præterea si debitor remiserit principalem obligationem debitori: pignus ipso jure liberatum est, etsi remissio jure effectum non habuerit, L. 1. §. 1. *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Multo ergo magis, si remissio valuerit saltem per exceptionem. Postremo cum creditor paciscitur, ne debitum petat, etiam de hypotheca non petenda paciscitur, ut supra dixi. Quamobrem et hoc consensu hypotheca ipso jure tolletur: quoniam jam effectum est, ut consensu pignus contrahitur, ita etiam consensu dissolvi. Scio prima fronte non improbabiliter dici, si obligatio principalis pacto per exceptionem tantum tollitur, par esse, ut etiam pignoris obligatio non nisi per exceptionem eodem pacto tollatur: quoniam pignus est accessio principalis obligationis. Sed dissimilia hæc sunt. Nam pactum ut ad constituendam principalem obligationem, et obligationem pignoris diversam vim habet: sic et diversam habet ad utramque obligationem dissolvendam. Principalis obligatio pacto convento ipso jure non tollitur, quia pacto convento ab initio non contrahitur. At pignus contrahitur pacto; eo fit, ut et contrario pacto dissolvatur. Neque nos movere debet, quod vulgo hic objicitur, accessorium sequi naturam principalis caussæ, cui accedit, argumento L. *eos*, *supr. de usur.* Hoc enim recte dicitur negative. Nam si principalis obligatio non consistit, non consistet etiam pignoris, ac usurarum accessio. Sed non idem valet affirmative. Non enim si principalis obligatio ipso jure consistit post pactum conventum interpositum de non petendo: idcirco dixeris ipso jure consistere pignus; quoniam, ut dixi, ad tollendam principalem obligationem et obligationem pignoris pactum conventum diversam vim habet.

Verum † opponitur huic sententiæ, L. *si*
tibi, §. *de pignore*, *D. de pact.* ubi scri- 6
ptum est, actionem de pignore tolli per exceptionem, si paciscar, ne petam. Hic nobis duplex responsio est. Nam primum duplex illic potest exceptio intelligi: aut ea quæ opponatur pignoris persecutioni: aut ea quæ opponatur principali actioni, de qua non persequenda pactum factum est. Secundum hoc recte dicetur tolli quidem actionem de pignore per exceptionem, cum creditor pactus est, ne debitum peteret; sed per exceptionem, non eam, quæ pignoris persecutioni opponatur, nam hæc persecutio ipso jure pacto sublata est: verum per exceptionem, quæ ex pacto nata est adversus principalem obligationem. Hac enim actione quanvis per exceptionem remota pignus etiam ipso jure tollitur. Et hoc est, quod Marcianus significat in L. *solvitur*, *in fin.* 1. *resp. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* cum ait, si creditor pactus sit, ne pecuniam petat, recessum esse ab hypotheca, cum pactum exceptionem perpetuam pariat. Exceptionem perpetuam sine dubio intelligit, quæ nata est de pecunia non petenda, cum de hoc pacto ageretur juxta §. *præterea*, *inst. de excep.* Licet et hoc modo respondere. Cum creditor paciscitur, ne debitum petat, actio de debito tollitur per exceptionem. Esto: sed nihilominus tollitur et ipso jure. Neque hæc contraria sunt ipso Paulo auctore, cujus est illa L. *si tibi.* Nam multorum sententia est in hac specie, cum principalis obligatio per exceptionem sublata est pignus jure ipso liberari. *d. L. solvitur*, *et L. si deferente*, *D. quib. mod. pig. vel*

hyp. sol. Sed tamen etiam de eo dubitari potest, ut innuere videtur disputatio Marciani in *d. L. solvitur.* Et ideo tutius est exceptionem initio opponere adversus creditorem pignus contra pactum persequentem. Ergo tollitur pignus per exceptionem, quia opponere exceptionem, est tutius; tametsi exceptione non opposita recte defendi possit, nullam fuisse ipso jure hypothecariam actionem. Nec absimilis Pauli sententia et ratio est in L. *qui servum*, §. 1. *D. de obl. et act.* Rur-
7 sum † opponitur L. 2. *infr. de remis. pig.* Debitor sciente et consentiente creditore pignus vendidit. Si creditor pignus postea ab emptore vindicet: illic scriptum est, eum exceptione removeri. Sed hoc sic interpretandum est: exceptione eum removeri, si emptor, idemque possessor exceptionem opponat. Quod si non opponat, non est necessaria. Nam et sine exceptione ipso jure tutus est. Idque demonstratur evidenter sequenti ratione, quæ illic subjicitur. Nam, inquit rescriptum, ut consensu contrahitur pignus, sic consensu dissolvitur. Dissolvi dicuntur ea, quæ omnino tolluntur, non autem jure ipso manent, ut supra dixi. Hæc a me eo disputata sunt fusius, ut in re ancipiti, licet exigua, retineretur constantia et veritas regularum juris de rebus eodem modo dissolvendis, quo colligatæ sunt.

Ad L. Persecutione 24. *auth. seq.*

Vide L. *distractis*, *supr.*

Ad L. Servo 25.

Iidem. AA. et CC. Dracontio

Servo, qui fuerat pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio. Dat. VI. Kalend. Januarii, Nicomediæ CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pignore casu amisso nihilominus manere creditori integram debiti actionem, et cur.*

1 SI pignore † casu amisso tollitur actio creditoris de pecunia debita, necesse est eo fieri, vel quia pignus detur solutionis caussa, ut sic ea satisfactione debitor liberetur: vel quia damnum amissæ rei creditor præstare debeat, ut sic debitor liberetur ea compensatione. At neutrum istorum est. Nam pignus datur, ut creditori pro debito cautum sit. §. *ult. Instit. quib. mod. re con. oblig.* Item pignus accedit principali obligationi, non eam perimit. L. 4. §. *si ex conventione. D. de re judic.* Unde apparet, non dari solutionis, aut satisfactionis caussa. Alioqui ipsum debitum statim tolleretur solutione. Sed nec casus fortuitos creditor præstat in pignore. L. *quæ fortuitis*, *et L. pignus*, *supr. de pign. act.* Ex quibus efficitur, pignore casu amisso nihilominus creditori salvam esse principalem actionem de pecunia credita, ut hic traditur, et *d.* L. *quæ fortuitis*, *d.* L. *pignus*, *supr. de pig. act.*

Ad L.

Ad L. Si. pen.

Iidem. AA et CC. Mauricio.

Si tibi Notarium pignoris titulo debitor tuus obligavit eum, a quo mancipium abreptum proponis, apud rectorem provinciæ conveni. S. IV. Kalend. Januar. Sirmii, CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pignore surrepto, ejus persequendi caussa creditori duas esse actiones, hypothecariam, et furti.*

1 Pignore surrepto creditor furem convenire potest: Quibus actionibus? Nempe aut hypothecaria actione de pignore, aut actione furti. Actione hypothecaria tenetur fur citra controversiam, si pignus possidet. *L. pignoris, supr. hoc tit.* Sed et si non possideat, tenetur non eo minus: dolo enim desiit possidere. Et de hac actione melius est hunc locum intelligi, ut titulo et argumento conveniat. Sed et creditor adversus furem furti actionem habet. Quo jure, et quo effectu, cognoscendum est ex suis locis. L. *creditoris*, L. *creditori*, *D. de furt.* §. *furtorum*, *Inst. de oblig. quæ ex delict.*

Ad L. ult. Supr.

Imp. Justinian. A. Mennæ *Præfecto prætorio.*

Super hypothecis, quas argenti distractores, vel metaxarii, vel alii quarumcunque specierum negotiatores pecunias sibi credentibus dare solent, hoc specialiter super amputanda omni machinatione sancimus, ut si post hujusmodi contractum liberis suis, vel alio modo cognatis, quamcunque militiam iidem negotiatores acquisierint (eam tamen, quae vendi, vel ad heredes sua certa definitione transmitti potest) liceat, creditoribus eorum etiam non probantibus ex pecuniis eorundem negotiatorum liberos eorum, vel cognatos militasse, (dum tamen contrarium non probetur alios ex suo patrimonio dedisse pecunias) creditum ab his, qui militarint, exigere, vel tantum eos efflagitare, quanti vendi eadem militia possit. Quod ita obtinere sancimus, et si extraneis, quibusdam iidem negotiatores de suis pecuniis hujusmodi militiam acquisisse probentur: ut quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quæ vendi, vel ad heredes transmitti potest permissum est, ut liceat creditoribus et adhuc viventium debitorum jure hypothecæ vindicare militias, nisi sibi satisfiat, et post mortem eorum exigere quod pro iisdem militiis pro tenore comunis militantium placiti, vel divinæ sanctionis tale prestantis beneficium, dari solet; hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum servetur. Quod scilicet in futuris militiis, non etiam in his quas liberi, vel cognati eorundem negotiatorum, vel extranei pecuniis eorum meruerunt, tenere sancimus. Dat. Kal. Junii Justiniano A. PP. II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Militia in functionibus publicis, quid, et cur ita dicta.*

2. *Militiarum quasdam vendi et ad heredem transire posse, quasdam non posse.*

3. Obli-

3. *Obligatione generali bonorum contineri militiam etiam post quæsitam, quæ quidem vendi possit.*
4. *Quisquis si debitor.*
5. *Cur hic dubitatum de militiis.*
6. *Militiam contineri, etiam quam debitor pecunia sua acquisierit alii, non tantum sibi; et quomodo acquirere possit alii secundum regulas juris.*
7. *Militiam alii quæsitam a debitore oportere quæsitam esse ex pecunia debitoris, ut contineatur obligatione generali pignoris, et quare.*
8. *Militia a debitore postea alteri quæsita quomodo possit deduci in obligationem pignoris a debitore constitutam, cum militia non sit, aut fuerit in bonis debitoris.*
9. *De militia hoc loco dictum, etiam ad res omnes alias a debitore ex pecunia ejus alteri quæsita pertinere, ut bonis a debitore obligatis etiam heres ea obligatione contineatur.*
10. *Militia a debitore alteri quæsita, quibus conditionibus conventione debitoris obligetur pignori.*
11. *Militia pecunia debitoris empta quando præsumatur, et quando a creditore probari debeat, et distinctionis ratio.*
12. *Militiam pignori obligatam sic vivente eo, cui acquisita est; a creditore vindicari posse hypothecaria, ut possessor, quanvis debitum non solvat, præstando militiæ æstimationem liberetur; alterutrum nisi fit, militiam jure pignoris distrahi posse.*
13. *Mortuo eo, cui militia pignori obligata acquisita est, nec æstimationem deberi creditori, et quid illo pro ea præstari debeat a successoribus, et qui successores.*
14. *Forma communis militantium placiti quid, in hac lege Militantes et statuti, qui* ibidem.
15. *Mortuo militante cur pro militia ante pignori obligata nec debeat creditori præstari æstimatio, et tamen debeat præstari certa summa.*
16. *Commoda ex casu, seu simpliciter. Ex casu quæ dicantur Justiniano.*
17. *Militiam ex casu nullam esse.*
18. *De commodo militiæ vacantis adversus quos sit creditori actio hypothecaria.*

1 Constitutio † hæc est de militiæ hypotheca. Militia in usu juris dicitur functio omnis ordinaria, quæ quis operam suam navat vel Principi, vel Reipublicæ, vel magistratibus in rebus ad publicam administrationem pertinentibus obeundis, qualis est, exempli gratia, Notariorum: Secretariorum, Apparitorum, eorum, qui sunt a memoria, a libellis, et quales indicantur in L. 11. *infr. de prox. sac. scrin. lib.* 12. Ac pro ea præstantur salaria ex publico, aut annonis publicis: ut sic militia non sint ea commoda, quæ percipiuntur ex publico; sed ipsa functio, propter quam illa commoda capiuntur, ut patet ex *L. Lucius, D. de legat.* 2. *L. creditor*, §. *inter*, *D. de act. empt.* item L. *omnimodo*, §. *ult. sup. de inoffic. test.* Sic dicta militia, quod qui Reipublicæ operam navant, hi reipublicæ militare dicuntur: L. *advocati*, *sup. de advoc. diver.*
2 *jud.* Ex † militiis quædam sunt, quæ vendi possunt, vel etiam ad heredes transire; quædam, quæ non possunt, sed ita personæ cohærent, ut eam egredi non possint. Quod et hæc constitutio indicat, *et* L. 3. §. *si quid minori*, D. *de minor.* Quæ vendi non possunt, hæ sine dubio pignori obligari non possunt: cum ita juris regula sit, eas res pignorationem recipere, quæ et venditionem recipiunt. L. 9. *in fin.* D. *eod.* Quod et hic satis significatur. De earum hypotheca, quæ vendi possunt, hæc constitutio est.

Constitutionis tria sunt capita. Primum caput est de hypotheca militiæ constituenda. Secundum de necessitate probationis, cui hæc incumbat, si forte controversia erit, utrum militia empta sit ex pecunia debitoris, an non. Tertium de effectu hujus militiæ. Primo capite de hypotheca militiæ statuitur ad hanc sententiam. Obligatione † generali pignoris, qua debitor omnia sua bona obligavit creditori, contineri etiam militiam, quæ quidem vendi possit, quam debitor postea acquisivit; non tantum si acquisierit sibi, sed etiam si acquisierit alii: dummodo si alii acquisivit, eam acquisierit ex pecunia sua. Hæc pars ut certius cognoscatur, in ea hæc expendenda sunt. Primum de quibus debitoribus agat constitutio. Deinde de quibus rebus. Tertio loco quid de earum hypotheca constituat. Postremo quibus conditionibus. 3

Quod † ad debitores attinet, loquitur constitutio in principio de negotiatoribus. Unde videri potest ad negotiatores tantum pertinere, qui militiam postea acquisierunt. Sed constitutio generaliter ad omnes debitores pertinet, sive negotiatores sint, sive non sint, ut declaratur illis verbis constitutionis quæ subjiciuntur, *ut quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus, etc.* Itaque quod de negotiatoribus initio dicitur, vel exempli caussa dictum est, vel ut removeretur dubitatio, quæ major erat in negotiatoribus: quasi his pro conditione vitæ liceat impune pecuniam acceptam, in quos velint usus, impendere, et de ea negotiari: intelligiturque, si hi non possint pecunia accepta militiam acquirere, quin ea in obligationem generalem pignoris veniat multo magis idem de aliis debitoribus probandum esse. Inter negotiatores specialiter Justinianus nominat argenti distractores, et metaxarios. Argenti distractores nominat 4

non

non hic tantum, sed et in L. 2. *in fin. sup. de, con. pec.* Illic autem argenti distractores interpretari videtur Theophilus argentarios in §. *personalem*, *Inst. de act.* Et sunt hi Justiniano argentarii. Metaxarii sunt negotiatores metaxæ, id est fili, aut panni serici. Hæc recte, ut cætera, et pluribus Brissonius in *Lexico.*

Cavit autem constitutio de militia, quod
5 secundo loco cognoscendum fuit. Cur † de militia potius dicit, hanc pignori obligari, quam res cæteras a debitore acquisitas: cum constet obligatione generali bonorum omnes res debitoris magis contineri? *L. ult. inf. qui pot. in pig.* quia vetus fuit dubitatio de militiis, an hæc quoque pignori subjici possint, ut res cæteræ, ut idem Justinianus docet in §. *optimum. Nov. de exhib. reis.* Id hac lege decisum est.

6 Cavit † constitutio de militia, quam debitor alii acquisierit. Quid si acquisierit sibi? multo magis hæc pignori erit, cum citra controversiam sit in bonis debitoris. Idque significat satis aperte Justinianus hac constitutione illic, *ut quod generaliter in ipsis, etc.* Sed hoc tanquam exploratum prætermisit. De eo cavit, quod dubitationem habere videbatur, nempe de militia, quam debitor alii acquisivit, non sibi, ut sic non videatur in bonis ejus fuisse. At quomodo potest debitor militiam alii acquirere, cum per liberam personam alii nihil acquiri possit? *L.* 1 *sup. per quas pers. nob. acq.* Id fit hoc modo, si debitor, qui bona sua obligavit militiam emat sibi; deinde jubeat venditorem militiam cedere ei, cui acquisitam vult, juxta L. 1. §. *si jusserim*, *D. de acq. poss.* L. 3. *in fin. et* L. *seq.* D. *de don. int. vir. et ux.* Id etiam fit hoc modo: si debitor militiam emat sibi, deinde eam accipiat nomine extranei, cui acquisitam vult. Nam possessionem alterius nomine acceptam illi acquirit, et per possessionem dominium. *L. si procurator rem. L. traditio, in fin. D. de acq. rer. do. et d. L.* 1. *sup. per quas pers.* Hæc eo dicimus, quia si debitor militiam sibi emit, et ei suo nomine traditur, ipse sibi acquirit, non debitor illi, quantumvis ipse eam emat ex pecunia debitoris. Quod enim mihi emo, et mihi meo nomine traditur, meum sit, etiamsi emam ex pecunia aliena. L. 1. *et* L. *pen. sup. si quis alt. vel sibi.* Restat igitur, ut dicamus debitorem militiam alii acquirere iis modis,
7 quos indicavimus. Sed † exigitur constitutione, ut debitor acquisierit militiam ex pecunia sua. Hoc eo fit: quia si ex pecunia alterius militia empta est, et extraneo tradita, revera militia non potest dici debitoris esse, eoque nec in obligationem pignoris deduci a debitore potest. At si empta est ex pecunia debitoris, quanvis tradita sit ejus voluntate extraneo; tamen etiam hoc casu non male dicatur in bonis debitoris fuisse. Id enim recte definitur nostrum, cujus commodum, aut incommodum ad nos pertinet. L. 1. §. *in propria*, D. *quand. appel. sit.* Cum autem debitor militiam emit pecunia sua, etsi militia alii tradatur; tamen incommodum debitoris est ob pecuniam ab eo impensam. Est enim ejus commodum in eo, quod ea præstatione obligat sibi extraneum, aut beneficii debitorem acquirit. Quorum nihil dici potest, ubi debitor emit militiam alii ex pecunia aliena. De † hac militia sic constituitur, 8
hanc quoque obligatione generali, quæ a debitore contracta sit, in obligationem pignoris deduci. Hoc vero inique, vel potius absurde constitui videtur. Nam hæc militia, de qua loquimur, non est debitoris, cum proponamus eam non debitori quæsitam, sed alii. Quod si ita est: secundum regulas juris non potest hoc genus militiæ a debitore obligari, neque generaliter, neque specialiter. Non generaliter: quia obligatione pignoris debitor obligat bona sua. Hæc autem militia non est in bonis debitoris. Sed nec si debitor nominatim et specialiter obliget pignori eam militiam, quam postea alii acquiret, quicquam proficiet: quia ut pignus contrahitur, oportet rem tunc, cum conveniebat, fuisse debitoris, *L. et quæ nondum*, §. *quod dicitur*, D. *eod.* L. *cum res*, *inf. si alie. res pign. dat. sit.* Hac objectione moti plerique omnes interpretes existimant, hic singulare jus constitui de militia: ut scilicet quemadmodum res empta ex pecunia pupilli pupillo obligatur; sic et militia empta ex pecunia creditoris creditori obligetur. Quæ sententia nullo modo recipienda est. Primum; quia in hac constitutione non agitur de militia empta ex pecunia creditoris, sed empta ex pecunia debitoris, undecumque illa pecunia pervenerit ad debitorem. Deinde res ex pecunia creditoris empta ita demum creditori obligari potest pignori, si prius sit in bonis debitoris. Nunc autem de militia agitur, quæ non est in ejus bonis, si vera sunt ea quæ diximus. Dicendum est, nihil hic non recte constitui, aut præter regulam cæterarum rerum debitoris, quas pignori obligari placet, secundum quas nihil obligatur creditori, nisi quod est in bonis debitoris. Nam et hoc ipsum in hac re accidit. Militia, quam debitor alii acquisivit, subtilitate juris non est, nec fuit unquam

quam in bonis debitoris, utpote alii quæsita non debitori, ut hic proponitur; sed naturali ratione prius illi quæri videtur, cum jubet venditorem suum extraneo militiam tradere: deinde videtur ita per eum extraneo acquiri, ut res explicatur ab Ulpiano in *d.* L. 3. §. *ult.* juncta L. *seq.* D. *de don. int. vir. et ux.* Et hoc est, quamobrem exigat hæc constitutio, ut militia empta sit ex pecunia debitoris. Sic enim fit, ut commodi et incommodi habita ratione, veteris debitoris
9 fuisse intelligatur, uti jam exposuimus. Hæc † sententia cum in cæteris rebus omnibus corporalibus locum habeat, quas is, qui eas emit, aut cui alia ex caussa debentur, jubet debitorem suum alii tradere, ut licet intelligere ex *d.* L. 3. *in fi. de don. int. vir. et ux.* Neque mirum, neque novum videri debet, si idem probetur in rebus incorporalibus omnibus, quas debitor alii acquisierit, dum pecunia sua: ut jam non dubitemus non de militia solum, sed de omnibus rebus alii emptis generaliter definire: cum debitor bona sua generaliter obligavit, in eam obligationem venire res omnes, quas postea acquisivit, non tantum sibi, sed etiam alii; dummodo alii acquisierit pecunia sua. Cur ergo tantum cavit Justinianus de militiis, si jus ad res omnes æque pertinet? Non ut in his quidquam singularis juris constitueret præter res cæteras, sed ut dubitationem tolleret de qua supra dixi.

10 Cavet autem † constitutio, ut militiæ postea a debitore acquisitæ pignori sint his conditionibus. Primum, si vendi possint, de quo initio dixi. Deinde si debitor eas acquirat. Præterea si militiæ a debitore quæsitæ sint ex pecunia ejus: nihil ut intersit, utrum emptæ sint ex pecunia, quæ a creditore ad debitorem profecta sit, an ab alio. Postremo, si debitor pecuniam accipiendo obligaverit omnia bona sua. Id quod intelligimus ex eo, quod Justinianus initio dicit se hoc constituere super hypothecis, quas negotiatores creditoribus suis dederint. Hypothecas dicit, non hypothecam, ut intelligamus generaliter hypothecas constitutas esse: deinde sine constitutione hypothecæ ne militias quidem a debitore quæsitas pignori obligari.

Secundum caput hujus constitutionis ex priore ita nascitur. Constituerat Justinianus militiam, quæ a debitore quæsita est alii, ita demum pignori subjici, si debitor eam quæsierit pecunia sua. Unde intelligitur creditorem non posse eam vindicare, quin intendat eam emptam ex pecunia debitoris.
11 Quid ergo, si † possessor id neget, an creditor probare debebit secundum regulam juris L. 2. *C. de prob.* Et de eo singulare quiddam constituitur hoc capite: nimirum alias id præsumi, alias creditorem probare debere. Siquidem debitor militiam emit filiis, aut cognatis, præsumitur militia pecunia ejus empta, nisi contra probetur. Sin emit aliis, nempe extraneis, creditor probare debet pecunia debitoris emptam. Hujus distinctionis ratio hæc est, quod ex conjunctione sanguinis colligitur affectus debitoris; ex affectu beneficium, argum. L. *quod in uxorem*, et L. *si paterno*, *supr. de neg. gest.* quod non item in extraneis dici potest.

Tertio capite de effectu superioris hypothecæ ita cavetur: aliud esse, quod consequatur creditor vivente adhuc eo, cui militia acquisita est, aliud quod consequatur eo mortuo.

Vivente † eo, cui militia acquisita est, 12
creditor jure hypothecæ ab eo militiam vindicare potest; sed hac lege, ut placeat eum hac actione non consequi, quod in cæteris rebus corporalibus, ut res pignori obligata ei restituatur, sed consequi militiæ æstimationem, idest, ut hæc constitutio loquitur, quanti militia vendi potest. Hoc ideo, quod militia personæ quodammodo cohæret: unde et militia legata militiæ æstimatio deberi dicitur. L. *Lucius*. D. *de legat.* 2. Consequitur autem creditor, quanti militia vendi potest, nisi is, cum quo agitur, malit debitum solvere. Cæterum alterutrum facere cogitur ex hac constitutione. Quid, si neutrum facit? longius quidem non progreditur constitutio; sed dicemus creditorem jure hypothecæ usurum, idest, curaturum, ut militia distrahatur, quod jus est creditoris in omni pignore. L. *quamdiu*, L. *si cessante*, *inf. de dist. pig.* † Mortuo autem eo, cui militia quæsita 13
erat, non potest exigere creditor quanti militia vendi potest; sed id solum quod pro militia defuncti dari solet, vel ex tenore, idest, forma communis militantium placiti, vel ex forma constitutionum. Sic enim verba sunt hujus constitutionis in §. 1. Quæ ut intelligantur, sciendum est, mortuo eo, qui militiam obtinebat, militiam vacare, nisi ex iis sit, quæ ad heredes transeant. Vacantem certis et statutis personis deferri, quæ in decedentium locum succedant. Ab iis personis, quæ succedunt in militiam, hoc exigi, ut pretium quidem militiæ non præstent, sed præstent aliquam summam vel heredibus defuncti vel filiis vel uxori vel creditoribus; quæ summa cedat pro solatio militiæ amissæ. Et hæc summa in militiis sacrorum scrinio-

niorum definita est ad ducentos, et viginti aut quinquaginta aureos. Quæ omnia declarantur L. 7. *L.* 11 *inf. de prox. sac. scrin. libr.* 12. Hæc est igitur illa summa, quæ defuncto militante pro militiis dari solet ab
14 iis, qui vacantem militiam nunc obtinent. † Solet autem dari secundum formam communis militantium placiti, ubi commune placitum vocat Justinianus communem conventionem: militantes autem vocat ordinem eorum, qui ejus generis militiam exercent, ut sunt, exempli gratia, qui sunt ab epistolis, qui sunt a memoria, qui sunt a secretis: qui omnes uno verbo appellantur statuti; quia eorum numerus certus statutus erat in unoquoque genere militiæ, ut patet ex *d.* L. 7. *et* L. 11. *de prox. sac. scrin.* Ergo si quam summam isti militantes communi consensu constituissent, quam successor militiæ dare deberet defuncti heredibus: hæc est illa summa, quam Justinianus hic dicit creditores exigere posse. Remoto autem placito militantium, ea summa præstanda erit, quæ definita est in hac re legibus; ut in *d.* L. 7. *et L.* 11.

15 Cur ergo creditori † non licet exigere æstimationem totam militiæ, et militiam a successore persequi? Quia vetus militia, quæ ante obligata erat, jam nulla est: morte enim militantis esse desiit, et ut dicitur in *d.* L. 11. vacare cœpit, utpote personæ defuncti cohærens. Quapropter militia successoris nova est; quæ ideo nec jure pignoris potest a creditore vindicari. At quod pro militia vacante præstari debet, id quodammodo prioris militiæ pars et commodum est, proinde etiam ad veterem hypothecam pertinere intelligitur.

16 Hæc † vero summa, atque hoc commodum, quod pro militia vacante præstari debet, est id, quod Justinianus appellat res, sive commoda ex casu, vel ea, quæ simpliciter appellantur ex casu *in Nov. de exhib. reis.* §. *optimum*, vers. *propterea.* Et recte ex casu. Sunt enim ista commoda et præstationes ex casu militiæ, idest, ex eo, quod militantis morte militia caduca facta est, seu ut loquitur L. 11. *de prox. sac. scrin.* ex eo, quod militia vacavit militantis morte: qui *casus* recte dicitur, quemadmodum deficiente herede, aut legatario hereditates et legata *caduca* appellamus. De his autem commodis loqui Justinianum superiori constitutione, ex eo manifestum est: quod de mortuo militante loquitur, et cavet, quomodo, et quibus tribuenda sint ea, quæ pro militia defuncti præstantur ab heredibus vel aliis. Mortuo autem militante militia heredibus ejus non tribuitur, sed aliquid pro solatio militiæ caducæ, ut supra ostendi. † Ex quo apparet 17
errare eos, qui ex ea constitutione colligunt esse aliquas militias, quæ dicantur ex casu; verumque est, quod Cujacius scripsit ad eam Novellam, nullam esse militiam ex casu. Et certe si ex eo loco id tantum probari volunt, res est expedita. Non enim de militia agitur, sed de iis, quæ dantur ex casu, sive propter casum militiæ; quasi dicas propter cadentem, aut caducam factam militiam idest amissam, et morte vacantem. Res etiam ipsa loquitur, non possideri militiam ex casu, nisi ideo, quia militia casu obtineatur, nempe vel morte alterius vel emptione. Quo sensu omnes militiæ ex casu dici possint. Immo vero omnes acquisitiones, et omnia jura rerum nostrarum: quia nulla sint, quæ non vel morte, vel emptione, vel alio simili casu nobis obtingant. † Sed quæritur circa hunc 18
locum, adversus quos agat creditor, ut hæc commoda, quæ pro militia defuncti dari solent, consequatur. Ager adversus successores qui militiam obtinent; eritque in eam rem hypothecaria actio, quæ teneatur adhuc militia, solum ut id commodum, quod successor debuit, pro militia præstet creditori. Quid si successor jam id commodum solvit defuncti heredibus, aut similibus personis? nihilominus adhuc tenebitur creditori; quia quod aliis solvit, indebitum solvit, cum id præstare deberet creditori. Proinde hactenus saltem tenebitur, ut conditionem indebiti, quam habet, creditori cedat: sed non longius. Quisquis enim ideo tenetur, quia actionem habet, eam actionem cedendo liberatur, L. *quod debetur, D. de pecul.*

Auth. *Quod obtinet.*

Quod obtinet, si ad hoc mutuaverit pecuniam, ut militia emeretur: alioquin filii, aut uxor defuncti omnibus præponentur. Sed etsi nullus prædictorum fuerit, tunc aliis creditoribus hoc damus.

SUMMARIUM.

1. *Ad militiam viventis hominis hanc* auth. *non pertinere; sed tantum ad commoda, quæ mortuo militante pro militia vacante præstari solent, et quæ hic Justiniani constitutio.*

QUA parte ad superiorem constitutionem pertineat hoc fragmentum, sic intelligitur. Superiore constitutione duo constituuntur, quæ itidem ad sententiam hujus fragmenti referri possint. Prius est, militiam quæ pignori obligata est, jure creditori teneri, quamdiu militans vivit. Alterum, mortuo militante creditorem id persequi posse, quod pro militia solatii loco præstari debet. Prius de hypotheca militiæ viventis hominis non mutatur ullo modo Novellis constitutionibus Justiniani. Sive enim debitor generaliter res suas obligaverit, sive specialiter militiam: semper militia ab eo quæsita obligata erit. Tantum in eo hoc effecit Justinianus, ut mulier in ea hypotheca præferatur creditori, nisi creditor nominatim pecuniam suam crediderit in hoc, ut ea militia emeretur: effectum hoc est *Nov. de æqual. dot.* §. *quia vero et hujusmodi.* In quo superiorem constitutionem magis confirmat de hypotheca militiæ. Neque adversatur *Nov. de exib. reis, in* §. *optimum.* Non † enim illic loquitur Justinianus de militia viventis, sed defuncti. Alterum, quod pertinet ad ea commoda, quæ pro militia defuncti dari debent, mutatum est a Justiniano *in d. Nov. de exhib. reis*, §. *optimum.* Nam cum ex superiore constitutione creditor possit ista exigere, ubi illi obligata sunt bona debitoris: constitutum est postea a Justiniano, non aliter hæc commoda ab uno aliquo creditore exigi posse præter cæteros, nisi nominatim pecuniam crediderit in hoc, ut ea militia defuncto emeretur. Quod si creditor non fecit: contempta priore hypotheca voluit Justinianus hæc commoda dari primum filiis defuncti, si qui sint, deinde uxori: idque ex beneficio principis, non jure hereditatis. Quod si neque filii sint defuncti, neque uxor: voluit hæc commoda non ad unum aliquem creditorem pertinere, sed tribui omnibus creditoribus defuncti. Ex quo apparet Justinianum, vacante militia facta judicasse militiam evanuisse, proinde et hypothecam: commoda autem, quæ pro ea militia præstari solent, magis principis existimari debere, quam privati. Ideo caussam fuisse, cur isto ordine attribueret suprascriptis personis. Ad hanc vero sententiam exprimendam recte accommodabitur hoc fragmentum auth. *quod obtinet.* Cæterum ad priorem illam partem hypothecæ viventis non pertinet.

AD TITU.

AD TITULUM XV.

COD. IN QUIBUS CAUSSIS PIGNUS, VEL HYPOTHECA TACITE CONTRAHITUR.

Vide, quæ scripsi sub hoc Titulo in Methodo hujus argumenti.

AD TITULUM XVI.

COD. SI ALIENA RES PIGNORI DATA SIT.

Hujus tituli explicationem require ex Methodo, partim sub titulo; *Qui rem pignori dari possint:* partim Titulo sequenti; *Quæ res pignor. obligari possint*, ubi de jure rei alienæ pignori datæ disserui.

AD TITULUM XVII.

COD. QUÆ RES PIGNORI OBLIGARI POSSINT, VEL NON: ET QUALITER PIGNUS CONTRAHATUR

Ad priorem partem hujus tituli, de rebus quæ pignori obligari possint, vel non pertinent, ordine L. 3. et quinque sequentes: ad alteram, quæ est de conventione pignoris, pertinent tres reliquæ, idest, L. 1. 2. L. *ult.*. Priorem partem, et in hac superiora rescripta sex exposui in Methodo, partim sub eodem Titulo, partim Titulo, *An in omnibus rebus, quæ sunt in bonis, consistat pignoris obligatio*, nonnulla hic attingam. Alteram partem require ex L. *ult. hic*.

Ad L. Cum constet. 2.

Impp. Severus et Antoninus AA. Rogato.

Cum constet, pignus consensu contrahi: non dubitamus, eum qui emptiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. PP. V. Kal. Jul. Apro et Maximo Coss.

SUMMARIUM.

1. *Instrumentis pignori datis res contentas pignori datas videri, et unde hœc sententia colligatur.*

Emptoribus prædiorum (id est, emptionum prædiorum instrumentis, ut in L. 1. *infr. de don.*) pignoris datis, volunt † Imperatores ipsa prædia obligata videri. At enim constat, cum quid specialiter pignori datur, non aliud quidquam pignori esse, quam de quo nominatim convenit, L. 1. *D. de pig.* L. 3. *D. quæ reg. pig. ob. pos.* Et hoc fatentur Imperatores. Sed eum, qui emptiones, seu instrumenta emptionum prædiorum pignori dedit, respondent de ipsis agris obligandis cogitasse: proinde et consensisse: constare autem pignus consensu contrahi. At verba refragantur, dicet aliquis: nominatim enim emptiones pignori datæ sunt, non prædia. Et hoc rescripto monemur, non verba spectanda esse, sed sententiam. Sententia partim ex consuetudine sermonis, partim ex proposito contra-

trahentium intelligitur. Constat usu loquendi, continens pro contento poni solvere; emptiones prædiorum pro prædiis, quæ emptione continentur. Unde illa: chirographis venditis aut legatis, non tabulas chirographorum venditas, aut legatas esse; sed nomen quod chirographo continetur. *L. qui chirographum, D. de legat.* 3. *L. si servum filii, §. eum qui, de legat.* 1. Item emptionum prædiorum instrumentis donatis, ipsa prædia videri donata. L. 1. *infr. de don.* Consuetudo porro loquendi, cum de mente loquentis quæritur, in primis spectanda est. L. *si servus*, 50. *ult. D. de legat.* 1. Sed et propositum eorum, qui quid cavent, hoc esse intelligitur, ne frustra caveant. *L. si quando*, D. *de legat.* 1. Et quæ potest utilitas istrumentorum traditorum esse, si in his sola ipsorum, ac non eorum, quæ his cauta sunt, traditio intelligitur.

Ad L. Nomen. 4.

Imp. Alexander A. Evocato.

Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit, solvit, nondum certius a te obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur: quatenus tamen ipse debet. PP. pridie Kal. Martii, Fusco II. et Dextro Coss.

SUMMARIA.

1. *Nomine pignori dato actiones datas videri, quæ dandi competerent, easque transferri in creditorem, sed utiles, easdemque in personam.*
2. *Qui nomen pignori dedit, si concurrat adversus debitorem cum eo, qui nomen pignori datum est, accipientem dandi esse præferendum.*
3. *Debitorem cujus nomen pignori datum est, creditori suo solventem, nihilominus ei cui nomen datum est, teneri tribus casibus, et quibus: extra hos solventem liberari, quanvis non ignoret nomen suum pignori datum.*
4. *Pignore pignori dato, si ei cui datum est, solutum sit quod debebatur; quando et quatenus liberetur primus creditor, qui pignori dedit.*

1 Nomen † pignori dari potest, ut hic traditur, et L. *postquam, supra, de hered. vel act. vend.* Nomen est, id quod nobis debetur, sive id, quod in actionibus. L. *qui chirographum, D. de legat.* 3. Vis hujus pignoris est hæc, ut quemadmodum creditor qui nomen pignori dedit, pecuniam a debitore suo exigere potuisset, si vellet: sic possit et is creditor, cui nomen pignori datum est, etsi dominus non sit illi obligatus, L. *si convenerit, D. de pact.* Quibus ergo actionibus id consequetur creditor, cui nomen pignori datum est? Utilibus, ut hic scriptum est, et significatur in *d. L. postquam, sup. de her. vel act. vend.* Quas vero utiles hic intelligimus, utrum hypothecariam actionem, quæ de pignore constituta est jure civili, an vero actionem in personam adversus debitorem, cujus nomen pignori datum est? Et hypothecariam intelligere non possumus. Hæc enim possessionem pignoris avocat. L. *si cum venditor, 2. resp. D. de evict. L. si fundus, §. vindicatione, D. de pig.* Nomen autem jus est, cujus nulla est possessio: et si esset, ea esset penes creditorem, non penes debitorem. Restat igitur, ut utilem actionem in personam, qualem creditor debitoris adversus debitorem suum haberet. Exempli gratia, si quis mutuum dederit, conditionem certi habet ex caussa mutui. Hæc vero creditori creditoris summo jure competere non potest adversus eum debitorem, cum quo creditor secundus nihil contraxit: cum omnis actio in personam sit adversus eum, qui nobis obligatus est. L. *actionem, D. de ob. et act.* Et ideo creditori, cui nomen pignori datum est, directa non datur. Sed dabitur utilis: quasi creditor debitoris actionem, quam adversus eum habet, in creditorem suum transtulisset. Ergo creditor, cui nomen pignori datum est, recte pecuniam exiget a debitore, cujus nomen pignori datum est. † Quid si debitoris creditor concurrat, 2 et velit prius sibi solvi: Dicemus creditorem

rem, cui nomen pignori datum est, vero creditori præferendum, posteaquam utiles actiones habere eum effectum est, L. *procuratore*
3 *in rem suam dato*, *D. de procur.* † Quid, si debitor cujus nomen pignori datum est, creditori suo solverit? Nihilominus tenebitur ei creditori, cui nomen pignori detum fuit: si ab eo certior factus de pignore sibi dato, nihilominus creditori suo solverit, ut hic significatur. Ex quo intelligimus, multo magis ejus debitorem teneri creditori creditoris sui, si secundus iste creditor cum debitore litem sit contestatus, aut etiam jam partem debiti ab eo acceperit, ut declaratur in L. 3. *inf. de novat.* Quod si debitor a creditore creditoris sui non admonitus creditori suo solverit, impune solverit; quia justa ignorantia ei nocere non debet, §. *recte*, *Inst. de mand.* Quid, si is debitor sciverit nomen suum pignori datum esse; neque ei quidquam denuntiatum sit ab eo creditore, cui nomen pignori datum est; an impune creditori suo solvet? Impune: quia et hoc rescriptum, *et* L. 3. *inf. de novat.* denuntiationem exigunt ejus, cui nomen pignori datum est. Nec obstat, quod in *L.* I. *in fin.* D. *de act. empt.* dicitur, eum certiorandum non esse, qui non ignoravit. Nam hoc tunc locum habet, cum denuntiatio et certioratio alicujus ideo solum exigitur, ut is, cui denuntiatur, sciat rem gestam esse. Sic enim eum, qui aliter novit rem gestam esse, superfluum sit amplius de ea re admoneri. Nunc autem in proposito denuntiatio creditoris exigitur, non ut debitor sciat nomen suum pignori datum esse; sed ut sciat creditorem, cui nomen pignori datum est, sibi solvi velle: quod juste ignorat debitor, priusquam illi a creditore secundo sit denuntiatum. Neque vero debitori vitio verti debet, si creditorem secundum non adiit, et rogavit, num sibi solvi vellet: non enim debuit debitor in re aliena esse curiosus, ut bene præcipitur in *L. doli*, *in fin. D. de donat.* Quid si debitor solvit creditori, cui nomen pignori datum erat? Solutionis hæc vis est, ut debitor liberetur non tantum a creditore, cui nomen pignori datum est; sed etiam a creditore suo, cui pecuniam non numeravit. Solutione namque ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mo. tol. obl. in prin.* Soluta autem pecunia intelligitur, sive debitor solverit creditori suo, sive alii voluntate creditoris, quod hic factum est, L. *solutam*, *D. de solut.* Et hoc est, quod dicitur, in L. *si convenerit*, *D. de pig. act.* cum debitor, cujus nomen pignori datum est, solvit ei creditori, cui datum est, prætorem eum tueri debere adversus creditorem suum.

Quod † attinet ad creditorem primum, qui 4
nomen pignori dedit, interdum is ea solutione liberatur, interdum non liberatur. Liberatur, si pecunia debebatur, quæ soluta est. Sic enim fit, ut creditor secundus eam pecuniam secum pensare debeat. Unde et is creditor, qui nomen pignori dederat, compensatione liberabitur. Idem debitor non liberatur, si species et corpus certum debebatur, quod solutum est: nam hac præstatione non solvitur creditori, cui nomen pignori datum erat: propterea quod aliud pro alio invito creditore solvi non potest. *L.* 2. §. I. *D. si cer. pet.* Sed ea res erit creditori pignoris loco: hæc est sententia L. *si convenerit*, *D. de pig. act.* L. *grege*, §. I. *in fin. D. de pig.*

Ad L. Spem. 5.

Idem A. Septimio.

Spem eorum prœmiorum, quæ pro coronis athletis pensitanda sunt, privata pactione pignorari minime admittendum est, et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet. PP. Kal. Maii. Maximo II. et Paterno Coss.

SUMMARIA.

1. *Sacra certamina*, *Athletæ*, *Athletarum præmia et præmiorum caussæ.*
2. *Horum præmiorum spem pignorari non potuisse, et cur spem*, *dictum sit*, *non ipsa præmia.*
3. L. Commodis. D. de re jud. *exposita.*

1 FUisse † apud veteres Græcos certamina quædam sacra constat, in quibus certabant, qui ab illis dicebantur athletæ. De quibus videre est apud Budæum *in anno-*

notationib. ad Pandectas. Existimabant illi, ad Rempublicam et cultum Deorum suorum pertinere, si haberent egregios athletas, qui in honorem Deorum fortiter certarent. Et quo magis id facerent, victoribus propositæ erant coronæ, quæ dicuntur sacræ in *L. commodis, D. de re jud.* pro coronis præmia et commoda, quæ publice deinde his pensitabantur, quæ significantur in *hac* L.
2 5. *et in d. L. commodis.* † Spes eorum præmiorum hic prohibetur pignorari. Prohibendi ratio fuit, quia præmia publice constituta erant, ut excitaretur athletarum virtus. Hanc necesse erat debilitari, si pignus istorum commodorum admitteretur. Nam hoc recepto non erant laboraturi, ut vincerent, cum scirent etiam post victoriam se præmiis victoriæ non fruituros: utpote quæ redirent ad creditores jure pignoris, non ad ipsos. Et notandum est, prohiberi obligari spem præmiorum, non ipsa præmia, ut intelligamus, futura præmia et nondum quæsita ante victoriam pignorari non posse; præsentia et jam quæsita posse, quia in his, quæ jam quæsita sunt, cesset superior ratio. † Et hoc est, quod dicitur in 3
d. L. commodis, D. de re jud. ea commoda pignori capi posse, quæ athletis præstantur pro coronis sacris. Recte *quæ præstantur*, ut intelligamus id dici de quæsitis, quæ sola jam nunc præstari possunt, non de spe præmiorum futurorum. Quæ de his præmiis athletarum dicuntur hic, recte transferentur ad ea stipendia, quæ publice constituta sunt vel militibus, vel magistratibus, vel professoribus liberalium artium: si modo ea constiuta sint, non ordini et personæ tantum, sed iis, qui recte suo munere fungentur, ut certantibus scilicet proposita sint præmia.

Ad L. Qui Filios. 6.

Impp. Diocletian. et Maximian. Augusti et CC. Rufo.

Qui filios vestros, vel liberos homines pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione se juris circumvenit: cum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere, nisi in his, quæ quis de bonis suis facit obnoxia. S. Kalend. Maiis, Heracliæ, AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Liberum hominem pignori dari non posse. Si datus sit, quæ accipientis pœna.*
2. *Liberi hominis pignus duabus in causis receptum: et quibus.*

1 SI solæ † res pignori obligari possunt, quæ sunt in bonis, ut solæ possunt. L. *quæ prædium, sup. prox. tit.* recte colligitur hoc rescripto in libero homine pignoris obligationem consistere non posse, ne si pater quidem filium pignori dederit. Constat enim liberum hominem in bonis et commercio non esse. L. 6. *in pr. D. de contr. empt.* Sed etsi frustra detur liber homo pignori: tamen jure ita prohibetur accipi, ut si acceptus sit, quanvis inutiliter, non sit impune. Nam qui vel filiumfamilias a parente pignori acceperit, in eum pœna jam olim constituta est, ut relegetur. L. *ult. D. hoc tit.* Addit postea ad hanc pœnam Justinianus, ut hoc casu etiam creditor et debito cadat, et alterum tantum libero homini, qui pignoratus est, aut parenti ejus inferre cogatur. *Novell. ut nul. jud.* §. *quia vero et hujusmodi.*

Sciendum † est tamen singulari jure in 2
liberis hominibus duabus in caussis pignus receptum esse. Primum, cum pater filium aut filiam ob extremam famem pignori obligavit. Nam in hac specie permissum est patri filium etiam vendere, hoc in L. *ult. sup. de patrib. qui fi. distr.* Quod si pater in hac specie filium vendere potest; multo magis poterit pignori obligare. Plus enim est vendere, idest, quodammodo totum in alium transferre, quam pignori solum obligare. Non debet autem cui quod plus est licet, quod minus est, non licere. *L. non debet cui, D. de reg. jur.* Id quoque efficitur ea regula, qua traditur, quæ emptionem et venditionem recipiunt, ea et pignorationem posse recipere. *L. 9. D. de pig.* Præterea in quovis libero homine, qui redemptus sit ab hostibus, pignus tacitum redemptori datum est in eum, qui redemptus est, donec pretium redemptionis re-

redemptori solvatur, aut donec per quinquennium redemptus redemptori operas præstiterit. De hoc genere pignoris est in L. 2. *et in* L. *ult. inf. de postlim. rever.* Esse autem hoc pignus in liberum hominem ex eo intelligimus, quod redemptus statim fit liber, ut suprascriptis locis declaratur. Et certe ideo redimitur ab hostibus, ut ne sit amplius servus. Sed quoniam iniquum erat redemptori prætium redemptionis non præstari; et præterea etiam periculose constituebatur adversus omnes captivos, si quis non moveretur ad eos redimendos: ob eam caussam consultum est ita redemptori, ut redemptus donec pecuniam solvisset, maneret in potestate redemptoris: sic enim hæc potestas appellatur in *L. qui testamento.* §. 1. *D. qui testam. fac. poss.* Sed hactenus in potestate: ut tamen non esset in dominio redemptoris, denique non esset redemptoris servus; hoc vero jus non aliter appellari potuit, quam jus pignoris.

Ad L. Exsecutores 7.

Imp. Constant. A. ad universos provinciales.

Exsecutores a quocunque judice dati ad exigenda debita ea, quæ civiliter poscuntur, servos, aratores, aut boves aratorios, aut instrumentum aratorium pignoris caussa de possessionibus non abstrahant, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor, aut creditor, vel præfectus pagi, vel vici, vel decuria in hac re fuerit detectus: æstimando a judice supplicio subjugetur. Dat. III. Non. Jun. Sirmii, Costantino A. et Licinio Coss.

Ad L. Pignornm. 8.

Impp. Honorius et Theodosius AA. Probo *com. sac. larg.*

Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit. Dat. VI. Id. Jun. Constante et Constantio Coss.

Auth. *Agricultores.*

Agricultores circa rem rusticam occupati, dum villis insident, dum agros colunt, securi sint in quacunque parte terrarum: ita ut nullus inveniatur tam audax, ut personas, boves, et agrorum instrumenta, ut si quid aliud sit quod ad agrorum operam rusticam pertineat, invadere, aut capere, aut violenter auferre præsumat. Si quis autem hujusmodi statutum ausu temerario violare præsumpserit, in quadruplum ablata restituat: et infamiæ notam ipso jure incurrat, imperiali animadversione nihilominus puniendus.

S U M M A R I A.

1. *Res ad culturam agrorum necessariæ quæ.*
2. *Eas ab agricolis pignoris sponte traditas jure teneri.*
3. *Conventione obligatas ita teneri, ut vendi possint; sed tantum iis, qui in eadem possessione ad agros colendos utantur.*
4. *Villico ejecto, aut possessione ejus vendita, obligatas ejus res omnibus vendi posse.*
5. *Et tunc pignoris jure vendi posse omnibus res culturæ necessarias, cum agricola nullas alias in bonis habebit.*
6. *Casus quatuor summatim comprehensi, quibus res agricolæ ad culturam necessariæ utiliter pignori dari possint.*

HIS constitutionibus tribus ob eandem utilitatem publicam constitutum est, ne res ad culturam agrorum necessariæ, quæ † indicantur in L. *exsecutores*, pignori 1 ca-

capiantur. In quibus constitutionibus diligenter observandum est, istarum rerum non præcise vetari pignus sed prohiberi, ne ipsæ res abstrahantur de possessionibus, ex quo tributorum pensitatio retardetur: sic enim verba sunt L. *exsecutores*. Vetant igitur constitutiones eas res pignoris jure auferri. Un-
2 de † intelligimus, si agricolæ eas res sponte sua pignori dederint, pignus consistere. Non enim aufertur, quod quis volens tradit. Id confirmatur in *Novell. nullum credentem a-*
3 *gricolæ circ. med.* Deinde † vetant constitutiones auferri istas res de possessionibus. Ex quo rursum colligimus, etsi istæ res pignori tantum obligatæ sint creditori, neque traditæ, tamen pignus non inutiliter constitui. Nam a creditore vendi possunt; dummodo iis venditur, qui in eadem villa, in eadem possessione istis rebus ad agros colendos utentur. Sic enim fiet, ne res istæ auferantur de vetere possessione, quod ad sententiam legis
4 satis est. Sed † etsi villicus ejectus sit a domino ex possessione, aut villici possessio vendita, ut jam agrum colere non possit, costitutiones hæ non sunt impedimento, quo minus res ad culturam agri necessariæ illi auferantur. Nam de possessione non aufertur, quod in possessione non fuit: neque isto facto impeditur cultura agri, cum etsi agricolæ hæ res non auferrentur; tamen agrum non coleret, ex quo expulsus est. Quid, si agri-
5 cola † in vetere possessione manebit, ne res ad culturam agri necessariæ ibi vendi possint; veruntamen agricolas nulla alias res in bonis habeat: an ne sic quidem hæ res pignoris jure a creditori capi poterunt? Et verba quidem harum costitutionum scripta sunt simpliciter, ne hæ res pignoris jure auferri possint: ut videantur etiam hoc casu auferri non posse. Sed æquius est dici, hoc casu eas pignori capi posse, et distrahi ut creditori satisfiat, ut de stipendiis significatur in L. *stipendia*, *sup. de exsec. rei jud.* Hujus rei argumentum hoc erit. Nam et ipse agricola, qui solvendo non est, capi potest, et in carcerem detrudi; neque aliter carcerem evitat, quam si bonis cesserit. L. 1. *sup. qui bon. ced. poss.* Multo igitur magis res ejus quælibet pignori capi poterunt, etiamsi solvendo non esset. Probabiliter hoc dicitur, etiamsi harum costitutionum verba generalia sint; sed verba æquitate, et aliis locis similibus temperanda sunt. arg. in. L. *non sine*, illic, *quanvis ergo*, sup. *de bon. quæ lib.*
Ex † his colligimus in summa, res agricolæ ad culturam agri necessarias, quatuor casibus utiliter pignori dari. Primum si a volente agricola tradantur creditori. Deinde si a creditore vendantur ita, ut in eadem possessione maneat ad opus ruri faciendum. Præterea si agricola agrum colere desierit vetere possessione ejectus. Postremo, si nullas alias res habebit, ex quibus creditor ad suum pervenire possit. 6

Ad L.

Ad L. Si quis ult.

Imp. Justinianus August. Mennæ *Præfecto prætorio.*

Si quis in cujuscunque contractus instrumento ea verba posuerit, *Fide et periculo rerum ad me pertinentium*; vel *per earum exactionem satisfieri tibi promitto*: sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in presenti debitor habet, quam futurarum hypothecam, sancimus: nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecæ memoriam videri: cum sit justum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto; *Tam præsentes quam futuras*; jus tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur. Dat. III. Id. Decemb. Constantinop. DN. Justiniano. A. PP. II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Obligatione bonorum seu rerum suarum generali contineri præsentia bona, et futura: et hoc quam recte.*
2. L. si ita, D. de aur. et arg. leg. *exposita. Res suas si quis legat aut donat, nihil amplius legatum aut donatum videri, quam res præsentes: si pignori obligat, contineri etiam futuras, et differentiæ ratio.* ibidem.
3. *Obligatione generali pignoris non contineri; quæ sunt in usu quotidiano, et res ad effectionem pertinentes, et quænam hæ sint.*
4. *Hoc, nisi debitor alias res nullas habuerit in bonis.*
5. *Obligatione generali contineri etiam eam pecuniam mutuam in quam debitor bona sua pignori obligavit.*
6. *Obligatione generali servos contineri, si manumittantur, postea non contineri, et cur.*
7. *Obligatione generali eximi res consensu creditoris semel alienatas, quanvis iterum ad debitorem redeant.*

1 QUi † pignori obligavit res suas, vel bona sua, uno verbo intelligitur in obligationem deduxisse res suas omnes, non tantum, quas habet in præsentia, sed etiam quas postea in bonis habiturus est. Cautum hoc loco: et recte. Hæc enim vis est generalis verbi, ut quoniam in genere species omnes continentur, ideo verbo generali res omnes eo verbo comprehensæ tam contineantur, quam si specialiter expressæ essent. *L. semper specialia generalibus, D. de reg. jur. L. si servitus, D. de ser. urb. præd.*

2 Sed † hoc, nisi quid sententia loquentis refragetur. Quo pertinet responsum Pauli in L. *si ita*, 7. *D. de aur. et arg. leg.* ubi ille de futuris rebus videtur dissentire. Ait enim in hoc legato, *vestem meam, argentum meum heres dato*, hac demonstratione *Meum* præsens, non futurum ostendi. Sed hoc ille respondet in eo genere legati, non utique ex significatione orationis, sed ex legantis sententia. Significatio si spectatur, *Mei* appellatio non minus futuris rebus, quam præsentibus convenit. Nam usu loquendi ex æquo recte dicimus, *servum, qui meus est*, et *servum, qui meus erit.* Sed in hoc legato, *Vestem meam, argentum meum lego,* non videtur testator de futura veste, de futuro argento sensisse. Ideo neque hæc ex mente testatoris in hoc legato ostenduntur. Et generaliter definiemus, quoties quis legat donatve res suas, nihil amplius legatum, aut donatum videri, quam res præsentes. Quod si sententia loquentis non repugnabit, hoc tenebimus; eum qui res suas nominet, eo verbo omnes res suas complecti tam præsentes; quam futuras. Quod in eo accidit, qui res suas dat pignori. Quæ distinctio ab omnibus recepta est. Differentiæ ratio hæc est, quod cum quis res suas pignori dat, eadem caussa est, cur res futuras obligatas velit, propter quam obligantur præsentes. Nam præsentes obligat pignori, ut creditori cautum sit. Aut cautionis æquitas quæ exigit, ut creditori omnimodo cautum sit, hoc postulat, ut ei cautum sit omnibus rebus debitoris, tam futuris, quam præsentibus. In rebus autem donandis et alienandis longe diversa caussa est, cur quis præsentes datas velit, quam cur velit futuras; et nondum quæsitas. Qui legat præsentes, et eas quas novit, ideo legat; quia judicat legatarium hactenus de se me-

meritum esse. Hac enim de caussa quid legatur. *L. nec adjecit*, *D. pro soc.* Hoc vero de futuris statuere testator non potest. Nam qui dignus est centum aureis, non continuo dignus est mille.

At fieri potest, ut mille, aut bis mille testator postea acquirat. Quid autem, aut quantum acquisiturus sit, ignorat: Sententia igitur, ut dixi, et voluntas domini facit, ne verbo *Meum* res futuræ contineantur: non autem verbi significatio. Secundum hanc vero etiam futuræ continentur, a qua nunquam recedendum est, nisi ubi manifestum est aliud sensisse contrahentes. *L. non aliter*, *D. de legat.* 3. quod non fit in pignore.

3 Sed † etsi generalis obligationis hæc vis sit, quam diximus, tamen quædam excipiuntur. Ac primum generali obligatione placet non contineri ea omnia quæ verisimile est debitorem specialiter pignori daturum non fuisse. L. *obligatione*, *D. de pig.* Hujus generis duæ species habentur. Quædam sunt res, quæ sunt debitori in usu quotidiano, et necessariæ, hæ non continebuntur; quales sunt, vestis, suppellex, artifici instrumenta artis, militi arma, studioso libri, agricolæ boves, jumenta, et instrumenta aratoria. *d. L. obligatione*, *in fin. et L. seq.* Aliæ sunt res, quæ ad affectionem debitoris pertinent, neque hæ continebuntur. In quo genere numerantur servi, filii naturales, concubinæ, alumni, et similes personæ L. *denique*, D. *de pig.* L. I. *supr. h. t.* Quæsitum est an hæ obligatione pignoris non contineantur, etiamsi debitor alia bona non habeat? Et si debitor, cum res suas obligavit, alias res in bonis habuit præter superiores, hæ non continebuntur. Nam hæ a principio obligatæ non sunt, ut docuimus. Quare nec ex eventu obligabuntur, quanvis debitor alias res habere desierit. Hic enim ab initio obligatio certam legem et conditionem accepit. Hæc ex eventu non mutabitur invito debitore. L. *vero* 12. §. I. *D. de sol.* Quod † si debitor

4 ab initio nullas alias res habuit: puto superiores istas obligatione generali contineri: alioqui obligatio esset inutilis. Quoties autem id metuimus, semper id agendum est, ut videatur obligatio aliquid egisse. L. *quoties in stipulationibus*, *D. de ver. obl. L. quoties*, D. *de reb. dub.*

5 Etiam † hoc loco quæsitum est, an obligatione generali pignoris contineatur etiam pecunia, quam debitor mutuam accepit, et propter quam res suas obligavit. Plerique putant non contineri. Et moventur argumento, L. *pen.* §. *ult.* D. *de pign.* ubi scriptum est, obligatione generali contineri eam pecuniam, quam debitor postea ab alio mutuam accepit. Quasi non sit obligata ea, quam acceperat ab eodem creditore. Ego autem existimo etiam hanc pecuniam pignori esse ejusdem illius loci argumento. Nam Paulus loquitur quidem illic de pecunia, quam debitor ab alio mutuam accepit: sed cur hæc pecunia obligatione generali contineatur, hanc rationem reddit; quia in bonis debitoris facta sit. Ergo hac ipsa ratione et illa pecunia pignori obligabitur, quam a suo creditore accepit. Nam et hæc in bonis debitoris cœpit esse: siquidem rei mutuæ dominium in accipientem transfertur. *Instit. quib. mod. re contr. obl. in pr.* Pro qua sententia facit L. *idemque in fin.* D. *qui pot. in pig. hab.* ubi scriptum est indefinite nummos debitoris, qui generaliter bona sua obligavit, pignori esse obligatos. Neque quidquam illic distinguitur, unde nummi profecti sint. Secundo † loco 6
obligatione generali non continentur servi debitoris, si ab eo manumissi sint. L. 3. *supr. de ser. pig. dat. man. arg.* *L. est differentia*, D. *in quib. cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Hic occurret aliquis. Nam quomodo hi generali obligatione non contineantur? Non manumissos obligatione contineri constat. Quidni ergo contineantur et manumissi? Certi enim juris est, debitorem in pignore non posse facere ulla alienatione sua creditoris conditionem. L. *debitorem*, *et* L. *distractis*, *supr. de pig.* Id fit hoc modo. Nam qui manumissus non est, ideo obligatione contineri intelligitur; quia interpretamur hanc speciem genere contineri. Manumissus non continetur; quia interpretari incipimus eum nunquam antea obligatum pignori fuisse favore libertatis. *L. libertas omnib.* D. *de reg. jur.* Secundum hanc interpretationem non videtur debitor conditionem creditoris deteriorem facere, si eum manumisit, qui obligatus non habeatur. Postremo † obligatione generali pi- 7
gnoris non continentur eæ res debitoris, quæ postea voluntate et consensu creditoris alienatæ sunt. Non dico, si in eodem statu semper maneant. Nam hoc modo alia ratione hæ res non continerentur obligatione generali: propterea quod non sunt ex bonis debitoris. Sed hoc amplius dicimus, etiam si eædem illæ res postea iterum debitori quæsitæ sint ex justa caussa; tamen in obligationem pignoris non redire; quasi pignus ab initio remissum sit, non tantum in præsens tempus, sed etiam in futurum. Effectum hoc est constitutione Justiniani L. *ult. inf. de remiss. pign.*

AD TITU-

AD TITULUM XVIII.

COD. QUI POTIORES IN PIGNORE HABEANTUR.

QUI ex creditoribus in pignore potiores sint, comprehensum est regula juris, quæ traditur in L. 2. *infr. hoc tit.* In cujus regulæ explicatione totius fere hujus tituli sententia continetur. De ea illic dicemus.

Ad L. Qui pignus. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Secundo.

Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit, et deposuit, nec in usus suos convertit. PP. Kal. Febr. Laterano et Rufino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Creditorem posteriorem posse sibi confirmare pignus adversus priorem, et confirmandi ratio.*

PEndet hic locus ex eo jure, quod de prærogativa creditorum in pignore constitutum est in L. *seq. et similibus.* Nam cum dicitur, ex creditoribus eum in pignore potiorem esse, qui prior est tempore, hoc dicitur: quandiu prior creditur, cui res pignori obligata est, rem pignoris jure retinere volet, tamdiu posteriori creditori in eo pignore locum non essè. Ita fieri, ut tamdiu pignus illi sit inutile.

1 Hinc † quæstio, possitne aliquo modo secundus creditor sibi confirmare pignus adversus priorem creditorem. Et hic admonemur, posse. Confirmandi autem pignoris hanc esse rationem, si ipse priori creditori pecuniam solvat, aut illo non accipiente pecuniam obsignet, et legitime deponat, neque deinceps ea utatur. Idem traditur in L. *prior infr. in* L. *secundum*, *sup. de pig.* Hæc forma confirmandi pignoris hanc rationem habet. Nam priore creditore remoto, necesse est eum, qui posterior erat, non tam fieri priorem, quam solum jam esse. Removetur autem prior creditor solutione: quoniam solutione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in princ.* Et obligatione principali sublata etiam liberantur accessiones, ut pignora, L. *in omnibus speciebus*, D. *de solut.* Quid consequatur posterior superiori confirmatione, idest, in quod debitum sibi pignus confirmet, comprehensum est, L. *secundum supr. de pig.* ubi diximus. Quid valeat obsignatio pecuniæ diximus ad L. *creditor sup.*

Ad. L. Si decreto 2.

Impp. Antoninus A. Cresto et aliis.

Si decreto prætoris, qui de fideicommisso jus dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in caussam iudicati ejusdem fundi pignus occupaverit: jussu ejus, qui jure sententiam exsequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure qui prævenit tempore. PP. V. Id. Maii. Duobus et Aspris Coss.

SUMMARIA.

1. *Qui prior est tempore in pignore, priorem esse jure, quid sit.*
2. *Quibus pignus datum non est, in his nunquam unum altero tempore esse potiorem.*
   Inter chirographarios creditores nullam esse prærogativam temporis. ibidem.
3. *Creditoribus in possessionem missis rei servandæ caussa, nullum alio esse tempore potiorem in prætorio pignore, nisi privilegium habeat.*
4. *Privilegia non ex tempore æstimari, sed ex caussa, quid sit.*
5. *Qui hypothecam habet, omnibus præferri tum chirographariis, tum privilegiariis creditoribus.*
6. *Inter eos, quibus eadem res eodem tempore pignori data est, si simpliciter, pignus dividi concursu; si pro parte, dividi pro portione debiti cujusque.*
7. *Secundum creditorem soli primo cedere in pignore, adversus omnes alios integrum jus pignoris obtinere.*
8. *Tempore priorem, jure potiorem esse, quid sit.*
9. *Cur potior, quid prius pignus accepit, non item extra pignus, qui prius contraxit.*
10. *Potiorem esse in pignore, qui prius accepit, sine discrimine prioris, aut posterioris pignoris, item favoris caussæ, vel personæ.*
11. *Legatarios etiam pendente conditione legati præferri in pignore prætorio omnibus creditoribus, qui postea pignus, quanvis præsentis debiti caussa acceperint.*
12. *Pendente conditione dici posse deberi, et nihil deberi diversis rationibus.*
13. *Creditores si bona omnibus solvendo non sint, semper legatariis præferri, quanvis pignus nullam habeant.*

IN hoc rescripto præcipue notanda est regula juris, quæ traditur de prærogativa creditorum in pignore. Nam hæc, ut dixi initio totam fere sententiam hujus tituli
1 continet † Regula est hujusmodi: Cum de pignore duo creditores inter se contendunt, qui tempore prior est, is potior est jure. Eadem regula expressa est in L. *si fundum*, *seq.* Hæc definitio pluribus verbis sic explicatur in L. *licet*, *et* L. *diversis*, *inf.* Quoties pluribusve eadem res diversis temporibus pignori data est, si hi de pignore inter se contendent: is jure potior erit, qui prius hypothecam acceperit. In hac definitione nihil otiosum est. Itaque singula diligenter sunt expendenda. Ergo his definitionibus statuitur prærogativa temporis inter creditores; sed his conditionibus: Primum, si duobus eadem res pi-
2 gnori data erit. Recte: † nam inter eos creditores, qui hypothecam eandem non habent, nunquam quisquam tempore altero potior est. Inter chirographarios creditores idest, eos, quibus nihil debetur, nisi ex chirographo, qui neque hypothecam, neque privilegium habent; nullius temporis ordo servatur. Is in suo obtinendo potior est, cui debitor solvit, aut qui prius damnato debitore ex caussa judicati pignus accepit. Idque nondum bonis debitoris a creditore possessis.

Bonis † autem debitoris possessis, quod 3
fit, cum creditores mittuntur in possessionem bonorum absentis, aut se non defendentis, rei servandæ caussa, omnium creditorum conditio par esse incipit. L. *qui autem*, §. *sciendum*, *L. pupillus*, D. *quæ in fraud. cred. alie. sunt.* Sed et cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, et prætor permittit omnibus creditoribus, et in rem permissum videtur. *L. cum unus*, D. *de reb. auct. jud. pos.* Et hoc ita, nisi aliquis sit ex creditoribus, qui privilegium habeat. Qui privilegium habeant et quibus ex caussis disce ex L. *quæsitum*, §. *ult. et* L. *seqq. D. de reb. auct. jud. poss.* Hoc cum fit, is præfertur chirographariis creditoribus, qui privilegium habet. Sed non quia tempore prior sit, sed quia privilegium habeat, etiamsi extremus crediderit. Hoc

4 Hoc † enim est, quod dicitur, privilegia non ex tempore æstimari, sed ex caussa. L. *privilegia*, D. *de reb. auct. jud. poss.* Ex caussa sic interpretandum est: ex ratione propter quam privilegium tribuitur. Nam non omnia privilegia rei tribuuntur, sed pleraque personæ: quale est privilegium fisci. Quod
5 † si quis ex creditoribus hypothecam habebit, is præfertur non tantum chirographariis creditoribus, sed etiam iis qui privilegium habent. L. *eos*, *inf. hoc tit.* ubi ratio adjuncta est. Sed præfertur ideo, non quia tempore prior sit, sed quia hypothecam habeat solus, quanvis crediderit postremus. Ergo tunc solum prærogativæ temporis locus est inter creditores, cum his eadem res pignori data est.

Non est satis, volumus eamdem rem pignori datam esse diversis temporibus. Quod et satis significatur, cum in priori regula prior et posterior creditor nominatur. Non enim prior est, nisi cui priore tempore hypotheca
6 data est. Hoc † eo exigimus: quia si duobus eadem res simul, et eodem tempore pignori data erit; si quidem simpliciter, singulis in solidum data esse intelligitur, sic ut concursu partes faciant, nisi forte unus possidebit pignus. Nam is in pari caussa potior est juxta regulam juris. L. *in pari*, D. *de reg. jur.* Hæc ad hanc sententiam disserit Ulpianus in L. *si debitor*, D. *de pig.* Quod si pignus datum erit pro parte: singuli creditores in pignore partem habebunt pro portione debiti, L. *si fundus*, §. *si duo*, D. *de pig.* Sic fit, ut si prærogativam temporis quærimus, oportet pignus diversis trmporibus datum esse.

7 † Sed ne sic quidem prior creditor solus pignus obtinebit, ut nihil relinquatur posteriori creditori; sed tunc solum, cum ambo, quibus pignus datum est; de pignore inter se contendent. Nam si secundus creditor adversus extraneum de pignore agat: sive pignus retinere volet, dabitur ei exceptio ad retinendum; sive pignus persequetur, hypothecariam habet jure pignoris, qua pignus a quovis possessore extraneo auferat. L. *creditor*, *in pr.* D. *eo. tit.* Merito, quia etsi secundo loco pignus acceperit, accepit tamen, ut nisi quis jure pignoris illi obstet, necesse sit, eum omnibus superiorem esse in pignore. At si ambo creditores inter se contendent, tum erit prærogativæ locus, quæ hic statuitur, ut qui tempore prior est, is potior sit jure.

8 Tempore † priorem hic accipimus, qui prior est tempore non credendi, sed hypothecæ accipiendæ, et ut explicatur in *d.* L. *diversis*, qui prius hypothecam accepit. Potiorem jure intelligimus, potiorem jure pignoris: scilicet ut quemadmodum pignus vindicare posset a quovis possessore, idemque adversus quenvis retinere, si solus esset, ita et possit suo jure adversus secundum creditorem, *d.* L. *creditor*, *D. eod.* Hoc amplius, et si pignus distraxerit prior creditor, dominium in accipientem jure transtulerit, ut isto modo nullum plane pignus supersit secundo creditori. L. 3. D. *de dist. pig.* Sed † cur ex- 9
tra hypothecam prior creditor potior non est; in hypotheca is potior est, qui prius hypothecam accepit? Quia extra hypothecam creditor personam tantum debitoris sibi obligatam habet: in bonis ejus nihil juris. Unde creditori actio, quæ dicitur in personam. L. *actionum*. D. *de obl. et act.* Ita fit ut in bonis debitoris non excludat posteriorem creditorem prior, cum prior in ea bona nihilo plus juris habuerit: At pignus jus in rem est: quo jure licet creditori et pignus retinere, quod et possidet; et vindicare, quod amisit, aut nondum cœpit tenere. Hoc jus creditori semel quæsitum debitor illi nulla alienatione adimere potest. L. *debitorem*, L. *distractis*, *sup. de pig.* proinde nec ulla nova oppignoratione.

Hoc † jus de prærogativa hypothecæ per- 10
petuum est. In quo tamen de his dubitatum est. Primum, nihilne referat, quo modo prior creditor pignus habeat constitutum, ut posteriori præferatur, qui habet alio modo constitutum pignus, de quo hic significatur. Deinde, an nihil intersit in pignore conventionali, utrum priori creditori specialiter eadem res obligata sit, quæ posteriori: an vero generaliter sint obligata omnia bona, de quo in L. *si generaliter inf.* Postremo an nihil favor caussæ, aut personæ secundo creditori prosit, ut priori in hypotheca præferatur, de quo significatur in L. *si fundum*, *inf.* Et in summa in his omnibus hæc sententia generalis retinetur, eum in pignore potiorem esse, qui prius accepit. Et merito: ob eam caussam, quam paulo ante reddidimus de jure pignoris, quod creditori quæsitum constituto pignore, deinceps ei auferri non potest.

De primo autem hæc species est hoc loco proposita. Testator legavit quibusdam fundum sub conditione, si navis ex Asia veniret. Mortuo testatore legatarii petunt ab herede, ut sibi satisdet legati conditionalis nomine ex edicto, toto Tit. *ut leg. seu fideicomm. non cau.* Cum non satisdaret heres, ex eodem edi-

edicto impetrarunt legatarii a magistratu, ut mitterentur in possessionem bonorum defuncti: missi in posessionem venerunt. Hoc modo pignus consecuti sunt, quod prætorium appellatur. L. 3. *et* L. 5. *sup. ut in poss. leg. esse lic.* L. *non est mirum*, D. *de pig. act.* Exstitit deinde alius creditor vel heredis vel defuncti, qui adversus heredem judicio egit, et vicit, et ad executionem sententiæ impetravit a magistratu, cujus ea de re jurisdictio erat, ut sibi res debitoris pignori capere liceret, quas postea distraheret, ut est forma juris. Cepit, et ita pignus quoque illi ex caussa judicati constitutum est. L. 1. *si in cau. jud.* Quæsitum est inter istos, qui ex diversa caussa pignus habent, qui quibus præferantur.

11 Respondetur † ex regula superiore, legatarios esse potiores, qui in possessionem missi sunt. At hic fuit hæc dubitatio, cur non viderentur præferri debere. Primum, quod legatarii de lucro certant; creditor de damno. Deinde, quod legatarii certant de legato conditionali, ut verba ostendunt, idest, de eo legato, quod nondum debetur. L. *cedere diem*, *D. verb. sig.* Creditor vero ex caussa judicati præsens debitum petit. Nam de alio judicium esse non potuit. L. *non quemadmodum*, *D. de jud.* Sed hæc nihil obstant, quominus præferatur qui pignus accepit. Recte enim dicuntur in personalibus actionibus: in hypotheca locum non habent. Semper enim hoc tenendum est, quisquis prius pignus sibi comparavit, ei invito pignus adimi non posse. Quod fieret, si secundus creditor pignus postea nactus priori præferretur. Sed hic occurritur. Non enim potest legatarius prius pignus habere, quam illi aliquid debeatur. L. *res hypothecæ*, *D. de pig.*

Nunc autem legatariis in proposito legatum debetur sub conditione, ac pendente conditione nihil debetur. *d.* L. *cedere*, *de ver. sig.* Proinde nec pendente conditione illis pignus jure constitui potest. † Respondeo: quod 12
dicitur pendente conditione nihil deberi, hanc significationem habet: nihil deberi certo, idest, quod cautum est, non ita deberi, ut certo affirmari possit esse, quod debeatur. Est enim incertum, quia pendet ex eo, an conditio exsistat: potest autem non exsistere. Sed non ideo absolute verum est per id tempus nihil deberi. Si quidem defecerit conditio postea, recte dixeris etiam in præteritum nihil unquam fuisse debitum: quod si conditio exstiterit: ex eventu intelligimus retro versus jam a principio quod legatum, promissum, cautumve erat, debitum fuisse. L. *necessario*, vers. *idem Pomponius*, D. *de per. et com. rei vend.* Quo fit, ut ad id quoque tempus relata hypotheca exinde contracta intelligatur, L. *potior*, *D. hoc tit.* Sed quanvis legatariis legatum sit pure, quanvis et hi prius hypothecam acceperint, ut hodie ex constitutione Justiniani his tacita hypotheca data est: videtur tamen adversari L. *ultim.* §. *etsi præfatam*, *sup. de jur. del.* ubi cautum est, creditores quoslibet legatariis esse potiores: usque adeo, ut ea ipsa, quæ jam legatariis data erant, his auferant, ut suum consequantur. † Sed id tunc consti- 13
tuitur, cum bona omnibus solvendo non sunt. Quod cum accidit, prius creditoribus solvendum est, etiamsi hi nullam hypothecam habeant. L. *successores*, *ad* L. *Fal.* Neque id huic loco contrarium est: legatarios enim præferri intelligimus, qui vere legatarii sint, ut et jure res pro legato obligatas habeant; non debentur autem legata, nisi de eo, quod ære alieno deducto superest. *d.* L. *successores*.

Ad L.

Ad L. Cum rempublicam. 3.

Idem A. Sylvano.

Cum rempublicam Heliopolitanorum, propter emolumentum sententiæ in rerum tam heredis, quam hereditariarum possessionem missam esse proponas: intelligis, quanvis pater tuus cum Sosiano contraxerit, tamen si personali actione eum habuit obligatum, præponi rempublicam jure pignoris in his, quæ auctoritate ejus, qui jubere potuit, servandi iudicati caussa occupavit. PP. II. Id. Decemb. Læto II. et Cereale Coss.

SPecies hæc est: Sosianus quidam debitor fuit, ut rescriptum ostendit. Hujus Sosiani duo creditores: respublica Heliopolitanorum: et pater Sylvani ejus, quem hoc rescriptum alloquitur: et is pater prior creditor. Mortuo Sosiano debitore respublica cum herede egit, et herede victo ex caussa judicati respublica in possessionem rerum omnium hereditariarum missa est, et pignus ita accepit: ut superiore rescripto diximus. Postulat Sylvanus heres alterius creditoris, ut reipublicæ præferatur; quoniam prius crediderit Sosiano. Rescriptum est, rempublicam potiorem esse. Merito: quia etiamsi pater Sylvani pignus accepisset postea; tamen respublica ei præferretur, ut quæ in pignore prior esset. Multo igitur magis præferetur, ubi sola pignus constitutum habet. Huc pertinet *L. eos, infra, eodem.*

Ad L. Si fundum. 4.

Idem A Varo.

Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicæ obligaretur. Sicut prior es tempore, ita potior es jure. PP. V. Id. Octob. Antonino A. IV. et Balbino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Favorem personæ nihil prodesse secundo creditori, ut priori in pignore præferatur.*

EX duobus creditoribus, quibus eadem res pignori obligata est, quanvis privato uno, et altera republica: etiam privatus, si prius pignus acceperit, reipublicæ præferetur ex regula juris. Atqui favor reipublicæ aliud exigere videbatur. Nam in aliis caussis reipublicæ et civitatis præcipuam caussam esse indicant. L. *civitatib. D. de usur.* L. *respublica, sup. qui* §. *ex caus. majo.* Sed hæc in hypotheca locum non habent, ut superiore rescripto diximus. Hæc enim semel quæsita creditori adimi non potest, neque a republica, neque ab alio quovis. Ideo placuit privatum etiam fisco præferri; cujus tamen præcipuum favorem esse constat ex *tit. supr. de privil. fis.* huc pertinet *L. si pignus eod.* Hoc † exemplo docemur, favo- 1
rem personæ nihil prodesse secundo creditori, ut ei, qui prius pignus accepit, præferatur.

Ad L. *Si*

Ad L. Prior quidem. 5.

Imp. Alexander A. Septimio.

Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tu illi id omne, quod debetur, solveris: pignoris tui caussa firmabitur. PP. III. Kalend. Maii Maximo II. et Paterno Coss.

PRior creditor si cum posteriore agat, hypothecam jure suo auferet, etiamsi ei debitum non offerat. Pertinet hoc ad regulam juris de prærogativa in pignore, de qua diximus *ad* L. 2. Posterior contra ex eadem regula, si cum priore agat, hypothecam auferre non potest: sed nec adversus eum hypothecam retinere, nisi pecuniam debitam primum offerat. Sic enim pignus suum confirmat: de qua confirmatione diximus *sup. ad* L. 1. *hoc tit.* Idem traditur in *L. diversis, in fin. et* L. *cum tibi, in prin. sup. eodem.*

Ad L. si generaliter. 6.

Impp. Valerian. et Gallien. AA, Philoxeno.

Si generaliter bona sint obligata, et postea res alii specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit: si ab illo priore tempore tu comparasti: non oportet te ab eo qui postea credidit, inquietari, PP. II. Id. Maii Seculare II. et Donato Coss.

SUMMARIUM.

1. *Is cui generaliter bona omnia prius obligata sunt, præfertur secundo, cui ex his bonis quædam specialiter sunt obligata, et quando secus et n. 2.*

1 PRimo † creditori debitor generaliter omnia sua bona pignori obligavit, in quibus fuit fundus Tusculanus; deinde hunc ipsum fundum secundo creditori obligavit specialiter. Placet in hoc fundo potiorem esse primum creditorem; quia idem fundus etiam ei pignori prius obligatus est. Continebatur enim generali obligatione pignoris non minus, quam si specialiter designatus esset: de quo diximus *ad* L. *ult. sup. prox. tit.* Hinc consequens est, quod hic traditur, primum creditorem suo jure hunc fundum et persequi et distrahere posse non minus, quam si in eo pignore solus esset. Hæc eadem in L. 2. *D. qui pot. in pig. hab. L. qui prior. D. eod.*

Quæ sic † accipienda sunt, si primo creditori simpliciter bona omnia debitoris pignori obligata sint, ut hic factum significatur. 2
Diversum est, si primo creditori res quædam specialiter pignori obligentur, deinde generaliter omnia bona debitoris, in quibus sit is fundus, qui secundo creditori postea obligatus est. Nam his verbis obligationis generalis nihil obligari intelligitur, priusquam constiterit res specialiter primo creditori obligatas in debitum ejus non sufficere. Hoc in L. 2. *supr. de pig.* ubi hac de re diximus.

Ad L.

Ad L. Licet. 7.

Impp. Dioclet. et Maxim. A. et CC. Juliano.

Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores: tamen eum, cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. Subscripta XVI. Kalend. Feb. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Posteriores præferri in pignore, qui ad rem reficiendam, conservandam, emendamve pecuniam crediderunt, quibus conditionibus, et quam recte.*
2. *Mulierem quanvis posteriorem præferri anterioribus creditoribus in dotis reputatione.*
3. *Posteriorem, qui publico instrumento pignus accepit, præferri priori, qui ex chirographo tantum accepit.*
4. *Funeris impensam posteriorem esse creditoribus hypothecam habentibus; præterquam in tacita hypotheca invectorum ab inquilino, et legatorum: et cur in his sit potior.*

Quod diximus ad *L. 2. supr.* perpetuum esse, ut qui in pignore tempore prior est, sit potior jure, sic accipiendum est: nisi magna et justa caussa suadeat ab eo jure discedi, quod interdum accidit. Ergo posterior interdum præfertur priori, vel propter caussam de qua agitur, vel propter caussam et personam posterioris creditoris, vel propter cautionem instrumenti in hypotheca danda adhibitam.

1 Propter † caussam posterior potior est is, qui pecuniam ita credidit, ut ejus pecunia efficeret, ut vel res salva esset, vel esset in bonis debitoris. Quo in numero sunt, qui ad rem reficiendam, aut conservandam, aut emendam, pecuniam mutuam dederunt, si modo et res refecta, aut empta erit ex ea pecunia, et his ea res pignori obligata sit. *L. interdum, et* LL. *seq. D. eod. et h.* L. Adjeci, dummodo posterioribus ea res, quæ refecta aut empta est ex eorum pecunia, sit etiam illis pignori obligata. Nam non continuo si ex pecunia alicujus res refecta, aut empta est, ideo illi tacite est pignori obligata; sed solum si pecuniam credidit ad refectionem ædificiorum. Non idem juris est, si pecunia credita sit ad cæterarum rerum refectionem, ut colligitur ex L. 1. *D. in quibus caus. pig. vel hyp. tac. cont.* Sed etsi res empta sit ex alicujus pecunia: constat non aliter ei eam rem obligatam esse, quam si convenerit, ut pignori esset obligata, ut hoc rescripto declaratur, et *L. quanvis, 7. supr. de pign.* nisi empta sit ex pecunia pupilli, ut illic diximus. Nec obstat, quod in *L. idemque, D. eodem tit.* generaliter dicitur, eos omnes esse priores, qui ad rem aliquam reficiendam pecuniam crediderunt. Hoc enim sic accipiendum est: potiores esse, sed in pignore, idest, potiores hac conditione, si modo et illis ea res pignori obligata sit: quoniam de duobus creditoribus agitur, quibus eadem res pignori obligata est: unde prior hæc quæstio introducitur, an et quomodo res empta, aut refecta ex alicujus pecunia ei obligata sit pignori. Sed nonne iniquum est etiam in his caussis posteriorem creditorem priori præferri, cum isto modo videatur fieri: ut prioribus suum pignus auferatur? Non est iniquum: imo vero nihil æquius, quam eum ex aliqua re fructum percipere, cujus beneficio factum est, ut ea res fructum ferret; dummodo id fiat sine aliorum injuria. Nunc autem in hac specie, dum posterior præfertur, nihil priori adimitur, sed in eum confertur potius. Nam etsi debito posterioribus creditoribus soluto nihil relinquatur in pignore; tamen id non tam posteriores creditores auferunt, quam casus abstulit. Etenim idem futurum erat, si nemo ad rem reficiendam pecuniam credidisset. Quod si debito posterioribus soluto aliquid superest: id vero beneficio posteriorum in priores confertur, nisi salvam fecerunt pignoris caussam. Beneficio igitur afficiuntur priores, non injuria, si posterioribus prærogativa servatur in hac caussa.

Propter † rem et personam potior est mulier quanvis posterior, in repetitione dotis, ex L. *assiduis, infr.* Tribuitur hoc privilegium partim rei: quia mulier non in omni caussa præfertur anterioribus creditoribus, sed so- 2

solum in dotis repetitione; partim personæ, quia non quisquis dotem repetit, hoc privilegio utitur, sed mulier duntaxat, ut facilius possit nubere, *arg.* L. 1. *D. sol. matrim.*

3 Propter † cautionem hypothecæ præfertur posterior creditor, qui publico instrumento utitur adversus priorem creditorem, qui ex chirographo tantum, vel instrumento privato hypothecam accepit. *L. scripturas infr.* Neque plures sunt, ut mihi videtur, qui cum posteriores sint, prioribus præferantur. Accursius tamen ad *L. diversis, inf.* numerat in hoc genere fiscum agentem ex caussa primipilari, quem vult etiam mulieri in dote præferri. Mihi secus videtur, sed de eo dicemus

4 ad L. *assiduis inf.* Numerat † etiam eum, qui credidit ad funus ex L. *pen. D. de rel. et sum. fun.* Sed male eo loco utitur ad hoc confirmandum. Nam illic scriptum est, impensas funeris præcedere omne creditum. Atqui hic sensus est: cum is, qui in fundus impendit, creditum repetit, idest, personali actione agit adversus creditores cæteros, qui item creditum suum petunt, idest, personali atione petunt, eum his omnibus præferri, nempe ex privilegio, quod funerariæ actioni tributum est. Sed male ex eo colligitur eum præferri iis, qui hypothecam habent. Nam contra hi, qui hypothecam habent, sive prius eam acceperint, sive posterius, quoniam habent actionem in rem, præferuntur omnibus privilegiariis creditoribus personali tantum actione utentibus, ut est in *L. 4. sup.* L. *eos, inf. eo.* Plane funeris impensa duarum caussarum tacitas hypothecas præcedit, invectorum et illatorum ab inquilino: item legatorum sed ideo, quia in his cum ad funus ventum est, nec hypotheca subesse intelligitur. Nam si inquilinus sit is, qui mortuus est; nec sit, unde funeretur: placet ex invectis et illatis eum funerandum, et si quid superfluum remanserit, hoc pro habita pensione teneri. L. *et si quis* 14. §. 1. *D. de rel. et sum. fun.* Atqui hæc sunt tacite obligata locatori. L. 2. L. 3. D. *in quib. cau. pig. tac. cont.* Sed hactenus hæc sunt pignori, dum id pignus non officiat rebus favore dignis. Unde placet ejusmodi pignus non officere libertati. *L. licet, D. in quib. cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Non mirum, si in eadem caussa habetur funeris caussa. Similiter si res legatæ sint a testatore, de cujus funere agitur, nec sit: unde funeretur: ad eas quoque res manum mitti oportere placuit *d.* L. *etsi quis* §. 1. *de rel.* Et tamen legatariis res omnes defuncti obligatæ sunt pignori L. 1. *supr. com. de leg.* Sed satius est, ait Ulpianus, de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi, *d. L. etsi quis.* §. 1. Aut si certius aliquid hic responderi placet, nulla est hic hypotheca, cum de funere agitur. Non est enim hypotheca legatorum nomine, nisi prius legata posueris. Atqui cum defunctus solvendo non est omnibus, tum creditoribus tum legatariis, non debentur legata, nisi deducto omni ære aliquid supersit, quod legatis supersit. Et in summa creditores præferuntur legatariis. L. *successores, sup. ad leg. Falc. L. ult.* §. *etsi præfatam, supr. de jur. del.* Porro funeris impensa æs alienum patrimonii defuncti existimatur. L. *impensa enim* 18. *D. de rel.* Interdum tamen posterior creditor etiam ex alia caussa præfertur priori creditori in hypotheca. Sed hoc non perpetuo, sed ad tempus dumtaxat, quod contingit in specie, de qua constitutum est in *Authent, sequen.*

Authent. *item possessor.*

Item possessor pignoris negans rem ejus, cujus actor eam esse adseverat: si probata ea intentione nitatur rem retinere, dicens ex hypotheca, vel alia caussa in eandem personam delata, se propinquiorem esse, quam qui movet caussam: prius transferat possessionem, quam jus suum proponat.

SUMMARIUM.

1. *Casus, ubi posterior creditor potior sit priore in pignore ad tempus.*

Species facti hæc est. Posterior creditor hypothecam vindicaverat a priore creditore. Prior ut agentem removeret, ha defensione usus erat, ut diceret rem, de qua agitur, in bonis debitoris non fuisse, eoque nec potuisse posteriori creditori obligari, ex L. *et quæ nondum.* §. *quod dicitur.* D. *de pig.* Posterior creditor probaverat rem in bonis debitoris fuis-

fuisse. Ita prior creditor victus, jussus est hypothecam restituere. Prior exclusus superiore defensione nunc ad hanc confugit, ut dicat, eam quoque rem sibi a debitore prius obligatam esse, ideo et se posteriore creditore esse potiorem. In hac controversia constitutum est a Justiniano id, quod hoc fragmento traditur, nihilominus possessionem pignoris a priore in posteriorem creditorem transferendam esse, donec prior de jure suo probaverit: ut intelligimus hanc esse mendacii pœnam: quemadmodum et in rei vindicatione possessio a possessore transfertur in actorem, cum possessor prius negavit se possidere, et convictus possidere, cœpit dicere, rem esse suam, non actoris. *L. ult.* D. *de rei vind.* Ex hac constitutione apparet, si prior creditor victus probaverit postea, eam rem sibi prius pignori esse obligatam, ut dicebat, eum jus suum obtinere adversus posteriorem creditorem, et ita verum esse, quod supra dixi in extremo ad L. *licet*, in hac specie † posteriorem creditorem præferri priori in possessione pignoris, sed ad tempus dumtaxat, donec scilicet prior de jure suo probaverit: cæterum ubi de jure prioris constabit, semper eum posteriore esse potiorem. 1

Ad L. Diversis. 8.

Iidem AA. et CC. Fabricio.

Diversis temporibus eadem re duobus juri pignoris obligata, eum qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti juris est: nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas. S. Prid. Kalend. Maji. Heracliæ. AA. Coss.

PRior pars continet eam definitionem, quæ exposita est ad L. 2. *sup.* Posterior est de jure secundi creditoris in confirmando pignore, de quo diximus ad L. 1. *supr.*

Ad L. Eos qui. 9.

Iidem AA. et CC. Asclepiodoto.

Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat. Dat. III. Nonas Decemb. CC. Coss.

HIc locus satis expositus est partim ad L. 3. *sup. eod.* ubi, cur qui pignora acceperunt, præferantur privilegiis omnibus, rationem explicatius reddidi partim ad proximam L. *licet*, ubi de objectionibus quibusdam natis ex *L. pen.* et L. *et si quis.* 14. *D. de relig.* respondi in extremo.

Ad L. Cum tibi. 10.

Iidem AA. et CC. Pollipeucæ.

Cum tibi pro dote, quam acceperat maritus, res obligavit: eo mortuo, hi, quibus easdem pignori dederat, non offerentes debitum, nulla possunt persequi ratione. Nam chirographarios creditores nec in rem, nec in personam eos, qui debitori non probantur successisse, ulla ratione convenire posse, manifestum est. PP. Non. Decemb. CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Chirografarios creditores frustra agere de pignore sibi restituendo adversus creditores hypotecarios, quantumvis pecuniam debitam his offerant.*

MAritus dote accepta mulieri quasdam res suas in eam caussam pignori obligavit, et tradidit; deinde cum marito alii creditores contraxerunt. Mortuo marito cum mulier ea bona pignori sibi obligata possideret: creditores posteriores adversus mulierem agere cœperunt, ut vel sibi satisfaceret, vel restitueret bona defuncti, quæ possideret. Rescripti distinctio est in hanc sententiam: si quidem ii agant, quibus eadem pignora data sint, eos frustra agere; quia sunt scilicet tempore posteriores: sic tamen frustra, nisi offerant debitum, intellige, uti oportet: idest, aut solvant, aut priore creditore non accipiente pecuniam obsignent: quo modo, uti oportet ad liberationem, pignus sibi confirmant, ut est in *L.* 1. *sup. eod.* Sin † ii 1
tantum sint, qui chirographarii appellantur, idest ii, quibus cautum non est, nisi chirographo, plane eos frustra agere, quantumvis pecuniam offerant, quia nullam adversus mulierem actionem habent, neque in rem, neque in personam. Non in rem: quia res illis pignori obligatæ non sunt, ut quis dicat eos actionem hypothecariam habere. Non in personam: quia actio in personam solum adversus debitorem competit, aut heredem ejus. Mulier autem in proposito nec debitrix fuit, nec mariti debitoris heres.

Ad L. Scripturas. 11.

Imp. Leo A. Erythrio, *Præfecto Prætorio.*

Scripturas quæ sæpe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi, vel paciscendi, seu fœnerandi, vel societatis coeundæ gratia, seu de aliis quibuscunque caussis vel contractibus conficiuntur, quæ ἰδιόχειρα Græce appellantur: sive tota serie earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones: sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypothecæ ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum qui instrumentis publice confectis nititur, præponi (decernimus) etiam si posterior is contineatur: nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum suscriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Data Kalend. Jul. Constantinop. Martiano et Zenone Coss.

SUM.

SUMMARIA.

1. *Instrumenti privati, quod constet a debitore scriptum, non minorem vim esse creditori ad suum personali actione obtinendum, quam publicis.*
2. *Instrumentum privatum vim suam obtinere, et simpliciter vim obtinere, longe diversa esse: prius verum, et quid sit: posterius falsum.*
3. *Instrumento privato, etiam de cujus fide constet, præferri publicum ad hypothecam priore loco obtinendum: et quam recte constitutum.*

SI duo sint creditores ejusdem debitoris, quorum uni cautum sit a debitore privato chirographo, vel alio privato instrumento; alteri cautum instrumento publice confecto, id est, confecto ab iis, qui in conficiendis instrumentis publico munere funguntur: et hi contendant inter se, uter altero potior sit, quia forte bona debitoris omnibus non sufficiant: quæritur, an sit quidquam in instrumento publico, cur is, qui eo utitur, præferri debeat ei, qui utitur instrumento tantum privato. De hac re ita jus constitutum est hoc loco: interesse, utrum hi creditores personalibus actionibus agant eodem tempore adversus debitorem; an vero agant hypothecaria de ea re, quam suis quisque instrumentis pignori accepit a debitore.
1 Si † personalibus actionibus agant; dummodo de fide privati instrumenti probetur, nempe id a debitore scriptum esse: non minus id prodesse creditori suo, quam si publice conscriptum esset. Nam hæc vis est privati instrumenti, ut cum constet a debitore scriptum esse, id adversus debitorem fidem faciat, de quo, uti et de eo, quomodo id probetur, dicemus aptius in *Auth. seq.* Hinc intelligimus in hac specie alterum ex creditoribus propositis alteri non præferri.

2 Observandum † est autem constitutionem non dicere: instrumentum privatum in hac caussa vim habere adversus debitorem; sed vim suam obtinere, inter quæ multum interest. Nam qui dicit instrumentum privatum quovis modo vim habere adversus debitorem: is dicit privatum instrumentum fidem facere, etiamsi de ejus fide non constet: quod est absurdum dictu. Quid enim, si instrumentum privatum caussam adjectam non habeat? Quid si debitor neget a se scriptum fidem non facit, ut dicemus ad *Auth. seq.* Qui autem dicit, instrumentum privatum obtinere vim suam in ea specie, de qua quæritur, is hoc dicit: quæ alias vis est privati instrumenti adversus debitorem tunc, cum creditor qui eo utitur, est solus: eandem vim et in hac caussa futuram esse, etiamsi alii creditores concurrant, qui utantur instrumentis publicis. Hoc vero est æquissimum. Quod cum non intelligatur, aut non animadvertatur vulgo ab interpretibus: non est mirum, si colluctentur in hujus loci interpretatione, neque adhuc rem expedire potuerint. Atque hæc, inquam, ita sunt, si creditores isti personalibus actionibus experiantur.

Quod † si agent hypothecaria actione vindicantes eam rem, quæ ambobus pignori data est, partim privato instrumento, partim publico placet in hac caussa privatum instrumentum vim illam suam non obtinere, sed quanvis constet id scriptum esse a debitore; tamen eum, qui publico instrumento nititur de hypotheca, præferri ei, qui eandem hypothecam accepit privato instrumento: nisi privatum id instrumentum habeat trium idoneorum testium subscriptiones. Quæritur ratio constitutionis. Cur enim placeat magis priore casu privatum instrumentum vim suam obtinere, quam posteriore? Nam utrobique eadem est fides et probatio instrumenti, cur non in pari caussa jus idem statuitur? juxta L. *illud, D. ad leg. Aquil.* Mihi hæc differentiæ ratio videtur non improbabilis: quod cum creditores isti duo agunt personalibus actionibus, singuli de suo debito, id est de rebus diversis agunt, quæ ita sunt singulorum, ut quod est unius, ad alterum non pertineat. Quam ob rem singuli in suo debito sunt soli: ut proinde aliis in eo debito non concurrentibus, non sit quærendum, qui quibus sint potiores; sed unusquisque separatim in suo debito jus suum obtinere debeat: argumentum in L. 2. *D. eod. tit.* At cum ambo de hypotheca eadem agunt, hic de eadem re agunt; et ob id merito quæritur, uter altero in ea re debeat esse potior. Et non inique constituitur, in ea contentione majorem vim habere publicum instrumentum: itaque id privato præferri. 4

Ad Auth.

Ad Auth. *Si quis vult caute.*

Si quis vult caute deponere, non soli credat accipientis scripturæ, sed advocet etiam testes idoneos et fide dignos non pauciores tribus. Sed et si quis aut mutui instrumentum, aut alterius cujuspiam contractus fecerit, et noluerit hoc specialiter in publico confiteri: non ex ipso videatur credibile, quod scribatur super mutuo documentum, nisi etiam trium testium adhibeatur præsentia fide dignorum, ut sive veniant, et subscriptionibus propriis attestentur, sive alii quidem testificentur, quia eis præsentibus confectum est documentum: fidem eandem ex utraque caussa percipiat. Si tamen quisquam aut deponens, aut mutuans, aut alias contrahens, contentus sit sola scriptura ejus, cum quo contrahit: sciat scripturam non sufficere ad probationem.

SUMMARIA.

1. *Instrumenti privati ad fidem vis, quæ.*

2. *Comparatio literarum ad probandam manum scripturæ quatenus admissa.*

APtissime hæc *Auth.* superiori constitutioni subjecta est. In ea constitutione scriptum erat, cum duo creditores personalibus actionibus agunt eodem tempore, instrumentum unius privatum nihilominus robur
1 suum obtinere. Hinc † quæstio introducitur ad explicationem ejus constitutionis necessaria, quænam sit vis instrumenti privati. Et jure vetere hæc vis fuit, si debitor fatebatur a se, vel suo mandato scriptum, et caussa debiti adjecta erat: cogebatur debitor confessioni suæ stare, quantumvis diceret se instrumentum scripsisse vel joco, vel errore. L. *cum de indebito*, §. *ult. D. de prob.* Quod
2 † si debitor negaret a se scriptum esse, vel mandato suo: convinci poterat id scripsisse; in eamque rem recipiebantur et testes, et comparatio literarum: dummodo hæ literæ, ex quibus comparatio literarum petebatur, ab eodem debitore publice scriptæ essent, aut trium testium subscriptiones haberent. L. *comparationes, supra, de fid. instrum.* Hanc vim intelligebat superior constitutio. Ne quis in eo jure erraret, commonefacit nos hæc authentica, quid de eo constitutum sit a Justiniano. Ejus constitutionis hæc est summa: si debitor fateatur chirographum a se scriptum, nihil immutavit Justinianus. Si neget scriptum a se, et testes non minus, quam tres producantur, qui interfuerint, cum debitor id instrumentum scriberet: ne hic quidem quidquam immutavit Justinianus. Sed si tres testes adhibiti non sunt, ille in totum comparationes literarum repudiavit tanquam suspectas, nisi instrumento privato conficiendo tres testes interfuerint. Quo casu comparationem literarum admisit, si esset necessaria: nempe si testes illi, quorum mentio fit in chirographo, mortui essent, aut alioqui non extarent. Post quam constitutionem eo res redit, ut quoniam semper periculum est, ne debitores negent chirographum a se esse scriptum, dare operam creditor debeat, si caute vult contrahere, ut adhibeantur tres testes.

Ad L.

Ad L. Assiduis. Ult.

Imp. Justinianus. A. Joanni *Præfecto prætorio.*

Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lucebant, et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriæ actioni (quam in præsenti sustulimus) magnam prærogativam præstantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant, illico justitiæ vigorem relaxabant: et senioribus hypothecis novas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod et corpore et substantia et omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio. Ad (hæc) omnia respicientes, et omni reminiscentes quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, et hæc omnia in unum colligentes sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur res uxoria: quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales, vel ex his aliæ comparatæ non extent: sed quocunque modo vel dissipatæ vel consumptæ sint: si tamen reipsa fuerint parti mariti datæ?

Quis enim earum non misereatur propter obsequia quæ maritis præstant, propter partus periculum et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa, nostris legibus inventa sunt privilegia? Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus, et sive liberos habeat mulier, sive ab initio non habuit, sive progenitos amisit, hoc ei privilegium indulgamus. Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suæ jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel ejus creditores. In præsenti autem similem prærogativam servamus, ne jus quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: sed sic maneat eis jus incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum.

Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore prærogativam manere volumus. Hæc autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori servire disponimus, et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus refraudentur, curamus.

Quam legem ex præsenti tempore locum habere sancimus: et non retrorsum referimus. Dat. V. Kal. Decemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC.

Ad Auth. *Quo jure.*

Quo jure utatur et adversus eos qui personali privilegio muniuntur, veluti quorum pecunia res emptæ sunt, sive refectæ: nisi qui nova constitutione sunt excepti, sicut qui emendæ militiæ caussa marito in scriptis mutuarunt.

Ad Auth. *Si quid.*

Si quid ex rebus ipsius dotis appareat, mulieri, cui et in rem actio competit, vel filiis ejus servetur: alioqui sive supersint ambæ mulieres, sive defecerint: sive altera duntaxat extet: prior omnino seu quælibet soboles ejus superior habeatur: quod nova constitutione factum est apertius.

SUMMARIA.

1. *Mulierem præferri omnibus creditoribus quanvis anteriorem hypothecam habentibus, dum tacitam, et ex privilegio.*
2. *Mulierem præferri etiam fisco, quanvis tempore priori, et quidem ex omnibus caussis.*
3. *Mulierem postponi liberis prioris matrimonii, adversus quos noverca de dote agit; item creditoribus quanvis tempore posterioribus, qui marito pecuniam crediderunt ad militiam emendam ea lege, ut militia esset pignori.*
4. *Mulierem anterioribus creditoribus hypothecam conventione sua partam habentibus non præferri.*
5. *Priores creditores in hypotheca conventionali præferri posterioribus jure communi, non ex privilegio.*
6. *Mulierem hypothecis conventionalibus prioribus non esse potiorem, demonstratur rationibus Justiniani.*
7. *Æquitate rei.*
8. *A persona constituentis principis.*
9. *Objecta diluuntur.*

SIngulare hic beneficium tribuitur in repetitione dotis duobus: mulieri; item mulieris liberis. De muliere prope tota constitutione cavetur; de liberis in vers. *exceptis videlicet.* Beneficium, quod † mulieri tribuitur, hoc est: ut mulier sive agat personali actione de dote adversus alios creditores privilegiarios, sive agat hypothecaria actione, quæ illi lege concessa est L. *unica*, §. *et ut plenius*, *sup. de rei ux. act.* ea præferatur omnibus creditoribus anterioribus, licet prioris temporis privilegio sint vallati, sic enim verba sunt hujus constitutionis in §. *ad hæc*, *ut vers. seq.* Quibus verbis efficitur, mulierem præferri omnibus creditoribus quanvis hypothecariis et anterioribus; si tamen hypothecam ex privilegio habeant, idest tacitam beneficio legis. Igitur si proponas maritum administrasse tutelam pupillorum, antequam uxorem duceret; item pecuniam accepisse ad insulam exstruendam, aut reficiendam; quibus in caussis et res mariti sunt tacite pignori obligatæ pupillo, et ædes obligatæ ei, qui ad refectionem credidit, L. *pro officio*, *supr. de adm. tut.* L. 1. *D. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. cont.* si is deinde uxorem duxerit, et dotem acceperit: dicimus soluto matrimonio, si mulier et superiores creditores mariti concurrant, mulierem in hypotheca his omnibus, quanvis anterioribus, præferri: quia etsi prius hypothecam acceperunt; tamen habent ex beneficio legis tacite, non autem ex conventione. Hujus generis creditoribus hypothecariis mulier præfertur omnibus, ut sunt verba constitutionis. Ergo † et mulier præferetur fisco, quanvis maritus ejus ante cum fisco contraxerit, 2
Nam quod scriptum est in L. 2. *supr. de privil. fis.* fiscum, qui prius contraxerit cum marito, mulieri præferri, est quidem huic constitutioni contrarium; sed sciamus hac constitutione abrogatum esse. Tametsi enim Justinianus in *L.* 2. §. *contrarium*, *supr. de vet. jur. enu.* neget in libris juris a se compositis ullum contrarium esse; tamen hoc in Codice ad veterem Codicem pertinet, non ad eas constitutiones, quæ novo codici sunt insertæ. Hæ autem sunt quinquaginta decisiones Justiniani, quas constat novo Codici insertas ad veteris juris emendationem, Tit. *de novo*, *Codic. confir.* Ex his constitutionibus est hæc una, quæ hic proponitur. Ergo et Mulier præferetur fisco, quanvis maritus ejus ex caussa primipilari conveniatur, abrogato eo jure, quod est

est in *L. 4. supr. in quib. caus. pig. vel hyp.* Præferetur ergo et ei, qui pecuniam ad funus crediderit. Idque eo magis, quod hic nihil amplius habet, quam privilegium: hypothecam non habet. Nec impediemur eo, quod legitur in *L. pen. D. de relig. et sum. fun.* impensam funeris omne creditum præcedere. Sciemus enim et hoc similiter abrogatum esse hac constitutione: non solum quia diserte Justinianus constituit, ut mulier in actione personali præferatur omnibus privilegiariis creditoribus; sed etiam quia mulier hypothecam habet; quam, ut dixi, non habet is, qui in funus impendit. Constat autem omnes hypothecarios creditores, cum in rem actionem habeant, omnibus privilegiariis, qui personalem tantum actionem habent, præferri, L. *eos, supr. hoc tit.*

3 Ex † omnibus creditoribus, qui beneficio legis prærogativam temporis habent, excipiuntur duo, quibus placet mulierem non præferri. Primum filii prioris matrimonii, adversus quos noverca de dote agit §. *exceptis*, *hac L.* quod apertius confirmatur in *auth. ult. hic.* Deinde hi creditores, qui pecuniam marito crediderunt ad militiam emendam ea lege, ut militia eis esset pignori obligata. In hac militia marito empta potiores sunt, qui crediderunt. *auth. quo jure*, *infr.* Idque etiam si posteriores sint. Cujus juris duplex ratio reddi potest. Primum, quod in hac militia pecunia creditoris salvam fecit totius pignoris caussam. argum. in L. *interdum*, *et seq.* D. *eod.* Deinde, quia hæc militia marito empta non tantum ad utilitatem mariti pertinet, sed etiam ad utilitatem et honestamentum mulieris. Nam ejusmodi militiis maritos cohonestari constat. Maritorum honos et decus etiam ad uxores pertinet. L. *fœminæ*, *D. de senat. Novel. de consul.* §. *hæc itaque.*

Sed hæc omnia dicta sunt de iis creditoribus, qui privilegio, idest, beneficio legis hypothecam habent, aut certe in hypotheca habent juris prærogativam. Quod † si qui 4
creditores prius hypothecam acceperint conventione, et vigilantia sua partam: nos de communi sententia interpretum putamus mulierem ex hac constitutione iis nullo modo præferri; atque adeo nullo jure præferri aut posse, aut debere. Id defenditur et verbis hujus constitutionis, et in primis sententia. Verba constitutionis ad eos creditores anteriores pertinent, qui sunt muniti temporis privilegio. His verbis proprie non continentur ii, qui sibi de hypotheca caverunt. Hi enim hypothecam habent non privilegio, sed communi jure: quo jure constat pignus conventione contrahi, *L.* 4. D. *de pig.* L. *si tibi eod.* §. *de pignore*, D. *de pact.* L. 1. *in pr. D. de pig. act.*

Nec † vero audiendi sunt, qui conventione de pignore interposita fatentur pignus ex privilegio non esse; sed ut creditor prior secundo præferatur, id ex privilegio esse dicunt, non ex conventione, quod aperte falsum est. Nam prior creditor in pignore ideo præfertur posteriori, quia habet actionem in rem adversus omnes possessores, non tantum extraneos, sed etiam posteriores creditores. Eam quidem actionem habet etiam adversus debitorem ipsum, quia pignus obligavit. Ergo multo magis adversus eos creditores, qui caussam habent a debitore. At creditor hanc actionem habet jure pignoris. Quare prærogativa in hac actione ex jure pignoris nascitur, ac proinde ex conventione, non item ex privilegio. Atque in hac prærogativa privilegium non esse certo argumento est, quod dicuntur privilegia non ex tempore æstimari, sed ex caussa. *L. privilegia*, *D. de reb. auct. jud. poss.* 5

Nam prærogativa, quæ in pignore est, solum ex tempore æstimatur. Non nego prærogativam hanc ab Ulpiano privilegium appellari in L. *si et jure*, *D. qui pot. in pig. hab.* Sed si ea prærogativa ex jure et ratione communi est, negari non potest, quin abusive privilegium appelletur. Quis est enim, quin nesciat privilegium jus esse in gratiam certæ caussæ, aut personæ præter rationem juris communis constitutum? Tunc demum prærogativa temporis vere privilegium est, cum creditores, qui nullam hypothecam habent, aliis non habentibus præferuntur; in quo etiam in usu juris solum hoc verbum proprie usurpatur. *d. L. privilegia*, *D. de bon. auct. jud. pos. et hac L. in vers. cum enim in personalib.*

Sententia † Justiniani spectatur ex iis rationibus quibus utitur: ex æquitate caussæ, tum ex persona scriptoris. Ratio Justiniani, qua in hac constitutione utitur, evidenter sententiam ejus ostendit, et superiorem sententiam confirmat. Ait enim mulierem ideo in hypotheca præferendam esse anterioribus creditoribus, quia in personali actione tali privilegio utitur. Hoc Justiniani argumentum est in *hac L. in vers. cum enim in personalibus.* At in personali actione constat mulierem non præferri creditoribus anterioribus, nisi privilegiariis, idest, iis, qui beneficio legis prærogativam habent, ut cæteris creditoribus præferantur. Ergo nec in hypotheca præferetur aliis creditoribus, quam qui eodem be- 6

beneficio hypothecam habent. Nam quoties lex aliqua ob certam caussam et rationem lata est, convenit cessante ratione legis, illi legi locum non esse, L. *quod dictum*, *D. de pact.* Idem licet intelligere de sententia Justiniani ex ea ratione, quam reddit in §. *et ideo*: scribit enim se in hoc privilegio mulieri tribuendo hoc secutum esse, ut consummaret, quod veteres cœperant, neque perfecerant. Ex quo intelligitur non aliud consummasse Iustinianum, quam quod veteres cœperant, novum autem negotium eum non istituisse. Jam vero veteres cœperant tantum mulierem præferre aliis privilegiariis creditoribus, neque id perfecerant; non enim præferebant omnibus, neque præferebant in hypotheca, ut constat ex initio hujus constitutionis. Justinianus hoc jus imperfectum consummavit: nam mulierem prætulit creditoribus privilegiariis, iisque omnibus, puta etiam ei, qui in funus credidit; et prætulit non solum in actione personali, sed etiam in hypotheca. Ita jus cœptum a veteribus consummavit; sed ita, ut non egrediatur, id quod veteres cœperant. Cœperant autem præferre mulierem privilegiariis. Quare et privilegiariis præfert Justinianus, non aliis.

7 Quod † si de sententia Justiniani et verborum significatione ambigeretur: tamen in diversis et ancipitibus interpretum sententiis ea regula uti debemus, quæ præscribitur in L. *non sine*, *sup. de bon.* quæ *lib.* nempe ut ambiguam caussam et variis legum interpretationibus titubantem juris naturalis, id est, æquitatis, moderamine temperemus. Unde in legibus, quoties verba ambigua sunt, ea sententia accipitur, quæ æquior et benignior est; non alia de caussa, quam quod menti auctoris est convenientior. L. *in omnibus quidem.* L. *semper in dubiis. D. de reg. jur.* At æquitatis rationem si audimus, non solum æquum est, mulierem ei creditori non præferri, qui ex conventione prius hypothecam habet; sed etiam si contrarium hic constitutum esset, officium esset boni principis eam constitutionem abrogare. Procerto enim hoc statui debet, quod est in principiis juris, jus suum cuique tribuendum esse, nulli mortalium jus suum detrahendum, L. *justitia.* D. *de just. et jur.* L. 2. *D. de his*, *qui sunt sui*, *vel al. jur.* Id quod si recte constituitur in aliis caussis: tum vero rectissime in pignore conventionali, quod quis cautione sua et vigilantia sibi paravit. Hoc, inquam nulli creditori adimendum est. Nam, ut est egregia sententia Scævolæ, jus vigilantibus scriptum est, id est iis, qui in negotiis gerendis adversus futura pericula sibi vigilarunt, et caverunt. *L. pupillus in fin. D. quæ in fraud. cred.* Jus scriptum vigilantibus ideo, quia favet vigilantibus, et cavet, ne damno afficiantur, neve quid his auferatur in eo, in quo sibi vigilaverint, sibique tempestive prospexerint. L. 3. *D. de separation.* L. *quod autem*, §. *sciendum*, *D. in fraud. cred.* Et certe nihil potest cogitari iniquius, quam si, cum creditores contraxerint cum aliquo debitore, qui nondum uxorem duxerat, qui iidem diligenter sibi caverint, ut ejus bona sibi essent obligata: sit in potestate debitoris eos, cum velit, fraudare, uxorem postea ducendo, et dotem accipiendo: sic enim miseri creditores frustra sibi caverint, neque erit vigilantiæ locus. In hac tanta iniquitate non est credendum, Justinianum sententiam tam iniquam constituere voluisse, nisi evidentissimis verbis probari possit, id illum sensisse.

Atque † huic etiam rei tertio loco argumentum præbet persona ejus: nam is legum 8
conditor est: Legum conditores æquitatis fautores esse oportet, ut bene scriptum est in L. *hac lege*, *sup. de pact. conv. tam. sup. dote.*

Ad † objecta quibus utuntur contrariæ sen- 9
tentiæ defensores, breviter respondebo. Illi urgent verba: Ait Justinianus, *mulierem habere potiora jura adversus omnes cred.* Hic quidem nihil excipit: sed addit, *licet sint anterioris temporis privilegio vallati.* Quæ verba non pertinent ad eos, qui hypothecam vigilantia sua sibi acquisiverunt, ut supra docuimus. Ait item Justinianus se pleno juris articulo in hoc privilegio mulieris consummasse, quod veteres cœperant. Non consummavit, inquiunt: nisi mulierem omnibus creditoribus anterioribus prætulit sine exceptione. Recte dicerent, si Justinianus simpliciter scripsisset se consummasse pleno jure prærogativam temporis in muliere. Nunc autem dicit se consummasse, quod veteres cœperant. At veteres non cœperant mulierem præponere hypothecariis creditoribus; sed iis, qui prærogativam temporis ex privilegio legis haberent. Hoc igitur posterius ille consummavit, non item prius alterum, quod veteres non cœperant, ut supra quoque docuimus. Urgent et illi rationem hujus constitutionis, quæ sparsa est varie in hac lege, puta in *vers. et hoc cum in personalibus*, item in *vers. quis enim*, hanc illi rationem dicunt, non minus efficere, ut mulier præferri debeat anterioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus, quam qui hypothecam

cam beneficio legis habent. Hoc vero illis concedi non oportet. Nam rationes sunt introductæ et sumptæ ex fragilitate mulieris, ex obsequiis quæ marito præstat, ex periculo partus, ex procreatione liberorum, ex inopia mulieris, quæ in bonis nihil solet habere præter dotem; ex officio mariti, quo ille cogitur dotem omnimodo restituere uxori. Hæ omnes in summa nihil aliud efficiunt, nisi mulierem dignam esse privilegio, quod Justinianus hic constituit. Nos fatemur non tantum eo privilegio dignam esse, sed etiam dignissimam. Adjicimus amplius, dotis caussam semper et ubique præcipuam esse debere. L. 1. *D. sol. mat.* Sed hæc omnia accipienda sunt cum hac exceptione, dum alteri injuria non fiat. Nam hoc utraque manu retinendum est, in omnibus beneficiis et privilegiis in injuriam alterius beneficia alteri concedi non solere, neque debere. *L. nec avus, inf. de emanc. liber.* L. 2. §. *si quis a prin. D. ne quid in loc. pub.*

Addunt his argumenta duo, prius tale est: Mulierem constat hac constitutione præferri anterioribus creditoribus, saltem qui pignus lege constitutum habent. Ergo et iis præferri debet, qui pignus conventione, aut vigilantia sua sibi acquisiverunt. Apparet ex superioribus male ista comparari. Nam legitimum pignus contraria lege adimi potest sine injuria; quoniam ejus est beneficium adimere, cujus est dare, quod et in privatorum beneficiis receptum est. *L. 2. D. de prec.* At pignus vigilantia creditoris partum, ipsi creditori sine summa injuria adimi non potest, ut supra probatum est. Alterum argumentum habet firmamentum illorum sententiæ: est autem tale. Mulier præfertur ei creditori, qui pecuniam credidit ad rem emendam ea lege, ut illi ea res pignori obligata esset. §. *his conseq. Novel. de æqual. dot.* At qui pecuniam credidit ad rem emendam, præfertur anteriori creditori, et cui ea res pacto pignori obligata est. *L. interdum, et seqq. D. eod.* Ergo huic ipsi quoque creditori expressam hypothecam habenti multo magis mulier præfertur. Sed et hoc male colligitur: quoniam non est eadem caussa in duobus illis creditoribus, propter quam mulier postulat se his præferri. Imo vero quam ob caussam mulier præfertur ei, qui pecuniam credidit ad rem emendam, hanc ipsam ob caussam alii creditori priori præferri non debet. Nam ei qui pecuniam credidit ad rem emendam, præfertur, si ipsa tempore prior sit; is autem, qui credidit, posterior, ut est expressum *in d.* §. *his conseq.* Ergo hac ipsa ratione alii creditori non præferetur, si mulier erit posterior, quoniam ea caussa cessat, propter quam alteri præferebatur. Hic occurritur hac ratione: si vinco vincentem te, multo magis te vincere debeo L. *de accessionib. in fin.* 1. *resp. D. de divers. tem. præscr.* Sed hoc dictum tunc locum habet, cum in extraneo et in te eadem caussa est, cur vos vincere debeam. Quod si caussa vincendi in uno alia est, et alia in altero: non si alium vinco, qui te vincit, ideo te vincere debeo. Sumpta est hæc regula ex comparatione majorum: cui argumento locus non est in disparibus caussis. Res per se paulo obscurior exemplo plana fiet. Propone hoc modo. Tres sunt creditores, quibus eadem res obligata est diversis temporibus, primus, secundus et tertius. Ego primus si vinco secundum, uti vinco; multo magis vincere debeo tertium, qui vincitur a secundo: scilicet quia qua ratione vinco secundum, eadem ratione et majore vinco tertium. Vinco enim secundum, quia sum prior tempore. Ergo multo magis vincam tertium: quia si secundo prior sum, multo magis prior sum tertio. At e converso argumentum non valebit hoc modo. Ego primus egi adversus tertium, qui hypothecam possidebat, et ab eo victus sum; quia me removit exceptione pacti conventi, vel jurisjurandi. Quamvis tertius me primum vicerit, et ego primus vincam secundum, tamen si tertius cum secundo agat, secundum non vincet: quia videlicet vincendi secundi dissimilis caussa est. Nam tertius me vicit, non quia me prior esset tempore; sed quia actum erat inter nos, ne hypothecam ab eo peterem. Hæc ratio adversus secundum cessat, et si tertius secundum volet vincere, non poterit alia ratione, quam si sit prior. Atqui secundus prior est: ergo et in hac specie secundus vincet tertium, quanvis tertius primum vicerit, et primus potior sit secundo: nempe ideo, ut jam dixi, quia vincendi secundi dispar caussa est, non autem illa, ob quam primum vicit. Confirmatur hæc sententia in hoc ipso exemplo in L. *Cladius, D. eod. tit.* Quare cum nihil relinquatur ad defensionem contrariæ sententiæ, et ea sententia, quam statuimus, aperte defendatur et verbis hujus legis, et sententia, et manifesta æquitate, et præterea communi sententia recepta sit: non est, quod dubitemus eam retinere, quantumvis quibusdam in præfecturis, quanvis summis, aliter judicetur. Meminisse enim debebimus legibus judicandum esse, non exemplis, aut præjudiciis. L. *nemo, sup. de sent. et interloc. om. jud.*

AD TITU-

AD TITULUM XIX.

DE HIS QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

Ad L. Non omnimodo. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Marcellinæ.

Non omnimodo succedunt in locum hypotecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur, et in locum ejus succedat.

Quod cum in persona tua factum non sit (judicatum est enim te pignora non accepisse) frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostræ ad eam rem pertinentis. PP. Idib. Jul. Pompejano et Avito Coss.

Ad L. si potiores. 3.

Imp. Alexander A. Valenti.

Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio quam emisse te dicis, ita ut precium perveniret ad eosdem priores creditores: in jus eorum successisti: et contra eos qui inferiores illis fuerunt, ista defensione te tueri potes. PP. Kalend. Februar. Juliano II. et Crispino Coss.

Ad L. Si prior. 4.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. Carpophoro.

Si prior respublica contraxit, fundusque ei est obligatus tibi secundo creditori offerenti pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus reipublicæ. PP. XV. Kalend. Jun. Maximo II. et Aquilino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Eum, qui primo creditori solvit, succedere in pignus duobus casibus.*

Ex iis, quæ de jure primi et secundi creditoris in hypotheca proxime diximus, duæ dubitationes natæ sunt, quæ explicantur his duobus titulis, qui sequuntur. Primum dictum est, secundum creditores nihil habere juris in pignore adversus primum nisi primo pecuniam offerat: quod si rite offerat, tunc secundum creditorem sibi confirmare pignus L. 1. *sup. prox. tit.* hoc amplius et in jus primi creditoris succedere. L. *secundus., sup. de pig.* quod et confirmatur in L. *ult. hic.* Hinc quæsitum, si alius qui hypothecam non habet; aut habet, sed posterior secundo, pecuniam solvat primo creditori, ut is dimittatur: an et hic qui solvit, succedat in locum primi creditoris, de quo hoc titulo constituitur.

1 Placet † autem eum, qui primo creditori solvit, quantumvis prius nihil juris habuerit in pignore, tamen succedere in pignus et locum primi creditoris duobus casibus. Unus est, si creditori ipsi solverit ex pacto, ut in ejus locum succederet, L. 1. *hic.* Alter est, si pignus emerit a debitore ea lege, ut pretium ad creditorem perveniret, et pervenit, L. *penul. hic.* Perinde est enim, quasi qui pecuniam dedit, ipsi creditori numerasset. Cum his modis succedat in locum primi creditoris ille, cujus pecunia primus dimissus est: consequens est, quod exprimitur in L. 3. *hoc tit.* eum, qui in pignus successit, creditoribus omnibus aliis in eo pignore esse potiorem: quemadmodum primus creditor esset potior, si pignus retinuisset. Quod si is, cujus pecunia creditor primus dimissus est, de pignore seu de successione ejus pignoris nihil convenit: placet eum in jus pignoris non succedere, *L.* 1. *hic.* L. *Aristo*, *D. quæ res pig. obl. poss.* Sumptum ex eo, quod de contrahendo pignore superioribus titulis posuimus, ut in L. *quanvis.* 17. *sup. de pig. et L. licet*, *sup. prox. tit.* nempe pignus inter vivos nisi conventione non constitui, ubi pignus a magistratu non detur.

AD TITULUM XX.

COD. SI ANTIQUIOR CREDITOR PIGNUS VENDIDERIT.

Ad L. Si vendidisset. 1.

Imp. Alexander A. Athenioni.

Si vendidissset qui ante pignus accepit: persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit: non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset: sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter præcedentis contractus autoritatem debitum est, obtuleris. PP. Id. Maii, Agricola et Clementino Coss.

Ad L. Obligata. 2.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Eudemiæ.

Obligatas pignoris jure creditore recte distrahente, post debitor emptori precium offerens, vel creditori quod debuit, evincere non potest. S. XVI. Kalend. Januar. AA. Coss.

Ad L. Quo minus. 3.

Iidem AA. et CC. Theophilo

Quo minus creditor qui antea pignus accepit distrahat: non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest. Dat. VI. Kal. April. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Primus creditor si pignus vendit, sic transfert, ut emptori avocari non possit.*
2. *Idem creditor si emat a debitore, dominium non ita acquirit, quin possit ei avocari a secundo creditore, cui res obligata erat, si is pecuniam offerat, et cur, et n. seq.*
3. *Contrariis occurritur.*

Quod traditur in L. 2. *sup. qui pot. in pig. hab.* primum creditorem, qui prius hypothecam accepit, secundo esse potiorem: diximus eum effectum habere, ut primus

mus jure suo hypothecam distrahat, quantumvis obnuntiante secundo creditore. Id ipsum confirmatur in L. *ult. hic.*

1 Inde † quoque consequens esse diximus, ut si primus hypothecam distraxerit: eam ab emptore avocare non possit, neque secundus creditor, neque debitor, quantumvis pretium emptori offerant, L. 2. D. *qui pot. in pig.* Et hoc idem apertius confirmatur in L. 2. *hic.* Utrumque ideo; quia ea vis esset venditi pignoris, si primus creditor in pignore solus esset, et id distraxisset. L. *non est novum*, D. *de acq. rer. dom. Inst. quib. alie. lic. vel non in princ.* Ex hoc posteriore nata est hæc dubitatio, an idem dicendum sit,
2 si primus † creditor pignus non vendiderit alii, sed ipse sibi a debitore emerit, aut in solidum acceperit. De quo constituitur in L. 1. *hic*, ad hanc sententiam: ut in proposito salva sit actio hypothecaria secundo creditori, qua pignus avocare possit a primo: dummodo illi debitum offerat. Id prima fronte
3 videri † potest inique constitutum. Nam si primus creditor dominium pignoris in alium transferre potuit, cur sibi acquirere non potuit? Et in promptu ratio est, cur non possit. Et in promptu ratio est, cur non possit. Ipse dum vendit, ideo transferre potuit, quia jus transferendi habuit, *d. L. non est novum, D. de acq. rer. dom.* Idem emendo, acquirendove, rem accipit a debitore, qui rei alienandæ jus non habuit, nisi hactenus, ut alienaret rem cum sua caussa, *L. traditio, D. de acq. rer. dom.* L. *alienatio, D. de cont. empt.* Porro debitor eam rem secundo creditori obligaverat. Eo fit, ut re abalienata, etiam hæc caussa pignoris secundi maneat. Quod si manet, jure secundus creditor primo pecuniam offert pignoris sui confirmandi gratia, L. 1. *sup. qui pot. in pig.* L. *ult. sup. prox. tit.*

Sed nonne iniquum est, plus juris in hac re tribui secundo creditori, quam primo, qui sibi cavit pignus in solutum accipiendo? Esset iniquissimum, si modo plus juris secundo tribueretur. Nunc autem ita dicimus, secundum creditorem posse pignus avocare a primo, si pecuniam illi offerat. In quo semper præcedit caussa primi creditoris. Nam et pignore primi creditoris manente, tamen secundus creditor illi pecuniam offerendo pignus sibi confirmaret, ut supra diximus. Sed rursum alia parte hic occurritur. Quidni enim dicamus secundum creditorem a primo avocare posse, quanvis illi pecuniam non offerat? Non enim debet ei offerre quod ei jam non debetur. Atqui nihil ei debetur, si ei solutum sit. Solutum est autem, cum aliud pro alio illi solutum est volenti. L. *si quis aliam, D. de solut.* Sed pro soluto non habetur, quod solutum potest evinci *d. L. si quis aliam.* Apparet autem in proposito, pignus primo creditori venditum ei evinci posse a secundo creditore. Nihil igitur in toto hoc jure L. 1. non recte constitutum.

AD TITU-

AD TITULUM XXI.

COD. SI COMMUNIS RES PIGNORI DATA SIT.

Ad L. Frater. 1.

Imp. Antoninus A. Venusto.

Frater vester sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando, obligationem creditori quæsivit. Unde intelligitis contractum ejus nullum præjudicium dominio vestro facere potuisse. Accepta III. Kalend. Decemb. Messala et Sabino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Fiscum rem communem totam alienare, et pignori obligare posse.*

HIC locus appendix est ejus definitionis, qua constituitur neminem rem alienam pignori obligare possse. *L. cum res*, L. *quæ prædium*, *sup. si alie. res pignor. dat. sit.* Quod de re tota dicitur, id et ad partem rei pertinet. L. *quæ de tota*, *D. de rei vind.* Proinde in re communi unus ex dominis partem socii pignori obligare non potest, suam potest, ut hic traditur.

Recte † Accursius excipit fiscum, cujus 1 inter cætera hoc jus est; ut cujus rei partem is alienare potest jure suo, idem eam rem totam alienare possit, quo facilius res emptorem inveniat pro utilitate publica. L. 2. *sup. de comm. rei alien.*

AD TITULUM XXII.

COD. DE PRÆTORIO PIGNORE, ET UT IN ACTIONIBUS DEBITORUM MISSIO PRÆTORII PIGNORIS PROCEDAT.

Ad L. Si prætorium 1.

Imp. Justinianus A. Mennæ *Pœfecto prætorio*.

Si prætorium pignus quicunque judices dandum alicui perspexerint: non solum super mobilibus rebus, et immobilibus, et se moventibus sed etiam super actionibus quæ debitori competunt, præcipimus hoc eis licere decernere. Dat. Kal. April. Constantinop. Decio V. Coss.

Ad L.

Ad L. Veteris. 2.

Idem A. Juliano. P. P.

Veteris juris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus: unum quidem quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur: aliud quod a judicibus datur, et prætorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adjuvari, sed etiam si ab ea possessione cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu: humanius esse perspeximus, et in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur inde jacturam: tamen ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius caussam interpretamur, et ei recuperationem donamus. Dat. Kalend. Aug. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Prætorium pignus quid.*
2. *Prætorium pignus sine controversia ex iis caussis, ex quibus quis in possessionem missus est.*
3. *Prætorium item pignus ex caussa judicati, cum jussu magistratus ex ea caussa pignora capta sunt, ejusque rei argumenta.*
4. *In pignore ex caussa judicati quam ex re sit, prætorii appellationem retineri.*
5. *Refutantur argumenta, quibus quidam probare conantur pignus ex caussa judicati captum non esse prætorium.*
6. *Pignora in caussa judicati a magistratu capi ordine et jure communi: distrahi per apparitores extra ordinem: et hoc quid sit.*
7. *Prætorii pignoris appellatione contineri id quoque, quod a magistratu municipali captum sit in caussa judicati.*
8. *Prætorium pignus non prius constitui, jubente magistratu rem capi; quam et creditor ceperit.*
9. *Prætorium pignus ex caussa missionis, et judicati constitui posse etiam in mobilibus rebus, itemque in incorporalibus: et quæ in his dubitationis caussa.*
10. *Pignoris prætorii possessione amissa, nihilominus pignus durare, et vindicationem pignosis creditori: et quæ hic dubitatio.*

Diximus initio pignus; quod hominum opera constituatur, partim a domino constitui, partim a prætore, seu magistratu. De priore genere hucusque. De altero hic agitur, et titulo sequenti. Hoc enim est,
1 quod prætorium hic appellatur. Prætorium † pignus sic definitur in L. 2. *hoc tit.* quod a judicibus datur. Recte: dum a judicibus, intelligamus, a magistratibus. Nam temporibus Justiniani et multo ante obtinuerat, ut magistratus appellarentur judices, Tit. *de jurisd. omn. judic. supr.* Tit. *de rebus auct. jud. poss. D.* Et certo sic res habet, ut prætorium omne pignus constituatur jussu et auctoritate magistratus. L. 3. §. 1. *D. de reb. eor. qui sub. tutel. vel cur. sunt.* Prætorii pignoris duæ sunt species. Una est ex caussa missionis in possessionem, altera ex caussa judicati.
2 Prior † species ex hac caussa nascitur. Sunt enim quædam caussæ, ex quibus creditores a magistratu impetrant, ut mittantur in possessionem bonorum, vel rei alicujus debitoris: de quibus in L. 1. *D. quib. ex caus. in poss. eat.* Hoc impetrato, si creditor possessionem rerum occupat, pignus illi hoc modo constituitur, quod prætorium sine controversia appellatur. L. *qui legati, sup. ut in poss.* L. *missio*, *D. pro empt.* Altera species pignoris nascitur ex hac caussa. Cum quis condemnatus est, neque pecuniam solvit, impetrat creditor a magistratu, qui judicavit, aut judicem dedit, ut res debitoris pignori capiantur, et distrahantur, unde judicatis satisfiat. L. *a Divo*, §. *in venditione*, *D. de re jud. L.* 1. *sup. de ex. rei jud.* Hic pignus constitui non dubitatur, L. 1. *et toto tit. inf. si in cau. jud.*

Sed † an sit, et dici debeat prætorium, 3
quæritur. Nos prætorium pignus esse dicimus, neque id dubiis argumentis sumptis cum ex definitione prætorii pignoris, itemque divisione pignorum, quæ exstat in *L.* 2. *hoc tit.* tum

ex

ex verbi prætorii significatione, et notatione nota. In L. 2. definitur pignus prætorium, quod a judicibus idest, magistratibus datur. Id quod capitur ex caussa judicati, constituitur a magistratibus. *L. infr. si in cau. jud.* L. *a Divo*, *in prin. D. de re jud.* Est igitur prætorium. Nec ad rem pertinet; si quis dicat Justinianum hac definitione uti de eo tantum pignore, quod est caussa missionis in possessionem. Nam præterquam quod id verbis repugnat: etiam licet hoc modo argumentari. Cui convenit definitio, ei convenit et definitum: at pignori quod ex caussa judicati capitur, eadem definitio convenit; conveniet igitur et definitum. Divisio pignoris in *eadem* L. 2. est hæc, ut dicantur duo esse genera pignorum, conventionale, et prætorium. Licet igitur colligere hoc modo. Si, quod capitur ex caussa judicati, pignus est, aut erit conventionale, aut prætorium: non enim plura genera hic numerantur. Non est conventionale, ut constat; Restat ergo, ut sit prætorium. Dixerit aliquis, tria esse genera pignorum distincta; conventionale, prætorium, et judiciale, id scilicet, quod in caussam judicati capitur: verum visum esse Justiniano in *d.* L. 2. agere tantum de duobus, non autem de eo, quod capitur in caussam judicati. Sed sententia Justiniani, et conditio rerum refragatur. Nam pignus ex caussa judicati non minus occupari et possideri debet, quam id quod ex caussa missionis constituitur; ut proinde non minus quam de aliis, etiam de eo quærendum fuerit, an amissa ejus possessione actio hypothecaria de eo danda sit creditori. Et de eo Justinianus constituit: significatio autem et origo verbi intelligitur ex definitione prætoriæ stipulationis. Ea definitur esse, quæ ex mero prætoris officio proficiscitur. L. 5. *de verb. obl.* Prætoris, idest, magistratus officio, idest jussu et auctoritate. Si ea stipulatio, quæ jussu magistratus interponitur, recte prætoris appellatur, et ex usu veterum: eonsentaneum est, et id pignus, quod jussu magistratus constituitur, recte prætorium appellari; ut scilicet, quibus eandem definitionem nominis tribuimus, iisdem et idem definitum nomen tribuatur.

4 Non † laboraremus de verbo, si de verbo tantum esset quæstio. Nam dum res intelligeretur, facile pateremur unumquemque suis verbis uti. Nunc autem ut pignus ex caussa judicati captum prætorium appelletur, agitur in eo et de sententia legum, et de re ipsa. Quam ob caussam hoc verbum urgemus. Retinenda est autem hæc appellatio quatuor de caussis: Primum, ut retineamus definitionem Justiniani, quæ est in *d. L.* 2. consentientem cum usu et consuetudine loquendi veterum. Quam definitionem everti necesse est, si aliquod pignus a judicibus datur, et tamen non est prætorium. Deinde, ut retineatur etiam ejusdem loci divisio in pignoribus constitutis: quam et ipsam vitiosam esse oportet, si erit aliquod pignus, quod neque conventionale sit, neque prætorium. Tum vero, ut verbo prætorii pignoris admoniti intelligamus in re esse, quod verbum significat: nempe pignus ex caussa judicati capi, non cujusvis judicis auctoritate, sed solum jussu prætoris, idest magistratus, cujus sit de ea re de qua judicium factum est, jurisdictio. L. 1. *infr. si in cau. jud.* Postremo ut intelligamus, quæ sub hoc titulo constituta sunt de prætorio pignore, item alibi, pertinere etiam ad id pignus, quod ex caussa judicati captum sit.

Nonnulli † tamen aliter docent: negantque pignus, quod in caussam judicati capitur, dici prætorium, atque ita disputant. 5
Ajunt pignus prætorium esse quod ex caussa missionis constituitur, et probant ex L. *missio*, *D. pro empt. L. qui legati*, *sup. ut in possess. legator.* quibus in locis dicitur pignus ex caussa missionis constitutum prætorium esse. Si hoc intelligunt, pignus, quod constituitur ex caussa missionis, esse prætorium, non negamus; neque de eo controversia est. Sed si hoc dicunt esse solum prætorium pignus, id male ex suprascriptis locis colligunt. Non enim si hoc pignus est prætorium, idcirco solum prætorium est. Nam et homo animal est: neque ideo recte colligitur eum solum esse animal: cum et brutum quoque sit animal. Deinde sic argumentantur. Pignus prætorium dicitur ex eo, quod jure prætorio, sive edicto constituitur. Pignus autem quod in caussa judicati capitur, non constituitur, neque permittitur edicto, sed constituitur extra ordinem, ut probant ex *L. si pignora*, *D. de evict.* Ergo hoc pignus non est prætorium. In hac argumentatione nescio quid potissimum improbem: utrumne, propositionem, an assumptionem, an magis assumptionis probationem. Primum nullo modo concedendum est, pignus prætorium dici ex eo, quod jure prætorio conceditur. Idque evidenter probatur exemplo conventionalis pignoris. Nam alioqui ista ratione dicere liceret conventionale pignus esse prætorium. Constituitur enim jure prætorio: certe de eo solum jure prætorio constituitur actio *L. si tibi decem*, §. *de pig. D. de pact.* Atqui id pignus omnium con-

confessione non est prætorium. Non ergo profecto prætorium pignus dicitur ex eo, quia constituatur solùm jure prætorio. Dicent pignus conventionale edicto prætoris constitui, sed non nisi conventione debitoris præcedente: ex qua conventione, tanquam proxima caussa, pignus conventionale appelletur. Accipio solutionem, et acceptam illis repono. Similiter enim et pignus prætorium, quod constituitur edicto, non constituitur, nisi jussu magistratus præcedente, eaque caussa est proxima hujus pignoris, quam deinde edictum confirmat. Ergo ut ex conventione dicitur pignus conventionale, quamvis edicto constituatur; sic ex jussu magistratus et prætoris dicetur prætorium pignus, quamvis constituatur edicto. Quod si concederemus pignus prætorium ex eo dictum esse, quod iure prætorio et edicto constitueretur; tamen hac ipsa ratione efficeretur etiam pignus ex caussa judicati captum prætorium dici oportere. Nam et hoc non minus permittitur edicto, quam illud, quod constituitur ex caussa missionis in possessionem: quod illi negant in assumptione.

6 Constat † enim de actione iudicati propositum fuisse edictum prætoris, ut condemnatus pecuniam solvere cogeretur, ut indicant fragmenta ejus edicti, quæ exstant in *L. 4. §. ait prætor, et L. 5. D. de re jud.* Actio autem judicati proponitur a prætore rei judicatæ exsequendæ caussa, id est, ut pignora in eam caussam capere liceat et distrahere, ut colligitur ex *d. L. 4. §. ex conventione, D. de re jud. L. 1. infr. si in cau. jud. L. 1. sup. de exse. rei jud.* Quare et hoc pignus ex edicto capitur, non minus, quam superius. Neque contrarium probant ex L. *ex si pignora, D. de evict.* ubi scriptum est, pignora extra ordinem distrahi per apparitores. Si extra ordinem, inquiunt, non ex edicto. Sed observare debuerunt, illic agi de pignoribus distrahendis, non de pignoribus ex caussa judicati capiendis et constituendis. Distrahuntur pignora extra ordinem: quia quod sit judicio et actione proposita, id ordine, id est usitate fieri dicitur. Quod autem magistratus sine judicio exsequitur vi et manu tanquam dominus, id extra ordinem exsequi dicitur, id est, extra consuetum magistratus morem, ut colligitur ex L. 3. D. *ne vis fiat ei.* At pignora distrahuntur per apparitores vi et manu: ideo extra ordinem distrahi dicuntur: cæterum ab initio capiuntur actione judicati instituta, qua consequitur creditor, ut nisi condemnatus pecuniam solvat, sibi liceat res ejus pignori capere. Hoc vero fit ordine, non extra ordinem. Postremo sic argumentantur: Pignus ex caussa missionis constitutum est prætorium: differt autem multis modis ab eo pignore, quod in caussa judicati capitur. Ergo hoc posterius non est prætorium. Accipe argumentum isti simillimum: Homo est animal, differt autem homo multis modis a bruto; atque adeo toto genere contrarius est. Ergo brutum non est animal. Quod si diceremus, omnes nos irriderent, uti Dialecticis ne imbutos quidem. Species eidem generi subjectæ non tantum intra se differunt, sed etiamsi veræ sint, sunt contrariæ: ut in specie recte dicatur, unam non esse id, quod est altera. Sed quod ad summam generis attinet, utraque est idem. Homo animal est: et item brutum animal est. Sic pignus ex caussa missionis non est id, quod capitur ex caussa judicati: sed nihilominus utrumque prætorium est, quia prætoris jussu constituitur.

Summa huc redit, ut intelligamus etiam jussu magistratus pignus constitui, non tantum debitoris voluntate. Hoc pignus constitui ex duobus generibus caussarum: altero, cum quis a magistratu mittitur in possessionem ex iis caussis, ex quibus mitti solet in possessionem: altero ex caussa judicati. Quod utrumque quoniam a magistratu solo constituitur, qui per sinecdochen prætor appellatur in usu juris; ideo prætorium appellamus.

Quid † ergo, si a magistratu municipali pignus captum sit in caussa judicati: an hoc quoque prætorium recte dixeris? puto recte dici posse, ut intelligatur id, quale a prætore in simili re capi solet. Nam et alii magistratus, quam prætor, mittunt in possessionem bonorum, ut præsides, proconsules, legati proconsulum; et nihilo minus pignus hic constitutum dicitur prætorium: constituitur enim pro eo officio, quod esset prætoris in urbe. 7

Sed † non est satis jussisse magistratum ex his caussis res debitoris capi, nisi etiam creditor eas res jussu prætoris occuparit: idque utriusque generis commune est. L. *non est mirum, D. de pig. act.* L. 3. §. 1. *D. de reb. eor.* L. 2. L. *cum rem pub. sup. qui pot. in pig. hab.* Unde intelligimus, prætorium pignus a conventionali distare duabus rebus: constituentis persona et constituendi modo. Constituentis persona, quia conventionale constituitur ab eo tantum, cujus in bonis res est. L. *quæ prædium, sup. si aliæ res.* Prætorium constituitur jussu magistratus, qui dominus non est. Constituendi modo, quia conventionale sola conventione constituitur, 8

quan-

quanvis res tradita non sit creditori; L. 1. *in pr. D. de pig. act.* prætorium non aliter, ut dixi quam si creditor possessionem rerum occuparit. Ex quo sunt illæ dubitationes, quæ hoc tit. deciduntur.

9 Una † hæc, an judices possint pignus prætorium ex supra scriptis caussis constituere, non tantum in rebus immobilibus, sed etiam in rebus mobilibus, nec tantum in corporalibus sed etiam in actionibus. Dubitatio nascitur ex verbis eorum edictorum quibus pollicentur prætores se supra scripta pignora constituturos. Nam ex priore specie pollicentur se in possessionem missuros, sive se in possessionem ire jussuros. L. 1. *et* L. 2. *D. quib. ex caus. in poss. eat.* Quæ verba cum significent motum ad locum, aperte ad res soli pertinent, non ad res mobiles. Ex posteriore specie fit potestas rerum pignori capiendarum L. 1. *infr. si in cau. jud.* Capiuntur autem res, quæ tangi possunt, id est, corporales. Incorporales, ut non tanguntur, sic nec capi possunt. Hinc ut dixi, dubitatio: an istarum, quoque rerum pessessio et pignus possit tribui jussu magistratus. Justinianus constitui posse in L. 1. *hic.* Verba quidem desunt: sed et in rebus mobilibus, et in actionibus eadem ratio est, quæ in corporalibus et immobilibus: proinde recte jus idem constituitur. arg. in *L. ult. supr. de*
10 *const. pec.* Altera † quæstio est, an amissa possessione prætorii pignoris, danda sit creditoris pignoris persecutio. Nascitur dubitatio ex eo, quod hoc genus pignoris ita constitui diximus, si occupetur a creditore. L. *non est mirum*, *D. de pign. act. L.* 2. *supra*, *qui pot. in pign.* Ex quo sic recte colligi videbatur: Ex his generibus primum tribuitur possessio, deinde per possessionem pignus; igitur possessione, ut re principali amissa, non est pignoris accessioni locus. L. 2. *D. de pec.* L. *cum principalis*, *D. de reg. jur.* Item quibus quidque modis contrahitur, iisdem in contrarium actis dissolvitur. L. *fere*, *D. de reg. jur.* Prætorium pignus possessione constituitur, ut diximus: quare et amissa possessione idem dissolvitur, *d.* L. *fere*, *D. de reg. jur.* Adversus has dubitationes constituitur in *L. ult. hic*, prætorio pignore semel constituto eandem vindicationem creditori tribui, quæ tribuitur iis, qui pignus ex conventione habent: et recte. Non enim obstat, quod diximus in hoc genere pignorum pignus ex possessione nasci. Nascitur ex possessione, sed non sola. Constituitur etenim et animo creditoris, qui possessionem occupando, eo animo est, ut et pignori rem habeat. Proinde pignus hoc modo constitutum non amittetur amissa possessione, nisi et animus recedendi a pignore accesserit. Nec verum est pignus in his caussis constitui per consequentiam ex possessione. Duo enim principaliter ex hoc genere constituuntur, possessio, et pignus: Eo fit, ut uno amisso, nihilominus alterum retineatur, juxta L. *si mihi eo*, *D. de ser. rust. præd.*

AD TITULUM XXIII.

COD. SI IN CAUSSA JUDICATI PIGNUS CAUTUM SIT.

Ad L. *Res.* 1.

Res ob caussam judicati datas ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ac distrahi posse, sæpe rescriptum est. Nam in vicem justæ obligationis succedit ex caussa contractus auctoritas jubentis. PP. V. Kal. Aug. Romæ. Antonino A. IV. et Balbino Coss.

Ad L. *Cum.* 2.

Imp. Alexander A. Valeriano.

Cum in caussa judicati aliqua res pignori capitur: per officium ejus qui ita decrevit, venundari solet, non per eum qui judicatum fieri postulavit. Et si alio emptore non existente, vel existente quidem, sed non dignum precium offerente, is cui judicatus satis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit admissus: cujuslibet alterius vice ex officio emere debet. PP. VI. Kal. Maii, Maximo II. et Æliano Coss.

Ad L. *In caussa.* 3.

Imp. Gordian. A. Antigono.

In caussa judicati pignora ex auctoritate præsidis capta, potius distrahi, quam jure dominii possiveri consueverunt; si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet. PP. Idib. Aug. Gordiano A. et Aviola Coss.

SUMMARIA.

1. *Pignus in caussa judicati captum, cum sit prætorium, cur distinguatur a superiore titulo qui est de prætorio pignore.*
2. *Pignus in caussa judicati captum quid differat ab altero prætorio, item a conventionali in jure vendendi pignoris.*
3. *Pignora ex caussa judicati cum capta distrahuntur per apparitores, cur magistratus dicatur rem exsequi extra ordinem.*
4. *Si pignus ex caussa judicati captum non reperiat emptorem, quid agendum.*

1 QUod † distinguitur hic titulus de pignore in caussa judicati capto a titulo superiore de prætorio pignore, non est argumentum prius illud dumtaxat esse prætorium. Sic enim distinguitur, ut species a genere. Superiore titulo generaliter de omni prætorio pignore actum est; proinde et de pignore ex caussa judicati capto: ad quod potissimum dubitationes et decisiones superioris tituli pertinent. Hoc titulo agitur de specie ejus pignoris, cum pignus ex caussa judicati capitur: ideo separatim, ut exponatur jus, quod est in ea specie singulare, et ejus proprium. Neque novum est propositis generalibus titulis, subjici titulos de specie, aut contra, ut quid sit proprium in ea specie, cognoscatur. Tit. *de pactis* subjicitur titulus *de transactionibus.* Titulo *de verborum obligationibus* subjicitur titulus *de stipulatione servorum*, et *de duobus reis.* Et ne longius abierimus, Titulus, *Si aliena res pignori data sit*, distinguitur a generali subjecto;

cto; *Quæ res pign. obligari possint.* Et huic generali subjicitur titulus, *Si pignus pignori datum sit;* qui sequitur. Item Titulo *De pignorib.* subjiciuntur isti *de prætorio pignore*, et, *Si in caussa judic.* Quid autem contineatur in hac specie pignoris, sic optime intelligetur, si cognoverimus, quid habeat hæc species cum priore specie commune; tum quid proprium distinctum a superiore specie, idemque a pignore conventionali. Hujus speciei et superioris communia hæc sunt: in utraque constituitur pignus jussu magistratus. In utraque ita constituitur, si creditor pignus occuparit, ut superiore titulo ostendimus. Sed et ex priore specie creditor ipse pignus occupat: occupat item et ipse ex hac posteriore, ut aperte scriptum est in *L.* 2. *et L. cum rempubl. supr. qui pot. in pig. hab.*

2 At † speciei posterioris, de qua hic agitur, hoc est proprium. Nam pignus occupatum ex iis caussis, ex quibus in possessionem mitti solet, non statim distrahi potest, neque semper, ut declarabunt singulæ caussæ, ex quibus fit missio in possessionem, quæ suis titulis declarantur. Notantur tituli in glossa L. 1. *D. quib. ex caus. in pos. eat.* Pignus vero ex caussa judicati sic capitur, ut etiam distrahi possit, ut et possunt pignora conventione constituta. *L.* 1. *hic.* Sed tamen et hæc distractio differt a jure distrahendi pignoris conventionalis. Pignus conventionale unusquisque creditor sua auctoritate recte vendit, L. *si cessante*, *inf. de distr. pign.* Non item pignus ex caussa judicati captum: id enim distrahi debet a magistratu per apparitores, ut cautum est in L. 2. *hic*, præterea quia creditor pignus conventionale vendit, necesse est alium emptorem esse, quam ipsum creditorem. Neque enim idem creditor venditor esse potest et emptor. At quia pignus ex caussa judicati captum, a magistratu distrahitur per apparitores: eo fit, ut creditor etiam ad licitationem et emptionem ejus pignoris admittatur, et rem auferat ex auctione, si vel nullus alius emptor exsistat, vel exsistat, sed creditor pluris licitetur. Hæc in *ead. L.* 2. *hic.*

Atque † hinc obiter notandum est, quod 3
dicitur magistratus in hac distractione sententiam suam exsequi extra ordinem, ut in L. *si pignora*, *D. de evict.* quam recte videlicet id dicatur, non una de caussa. Scripsi superiore titulo eo recte dici: quia magistratus rem capiens et distrahens per apparitores sententiam isto modo exsequatur manu et vi. Quod et verum est. Sed adde ex hoc loco hanc quoque caussam alteram: quod in reliquis pignoribus ordinario et consueto jure tribuitur creditoribus jus pignoris distrahendi, a quo more et ordine cum discedatur in hac specie pignoris, quod a magistratu distrahitur per apparitores: merito distrahi dicitur extra ordinem. Sed † ex caussa judicati pi- 4
gnus distrahitur, si reperiatur aliquis emptor. Quid igitur, si fraude debitoris nullus emptor reperiatur? Creditor jus dominii impetrabit a principe, ut est in L. *ult. hic*, de quo dicetur proprio titulo *infr. de jur. dom. imp.*

AD TITU-

AD TITULUM XXIV.

COD. SI PIGNUS PIGNORI DADUM SIT.

Ad L. Etiam. 1.

Imp. Gordianus A. Lamponi, et aliis.

Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse jamdudum placuit: scilicet ut seqnenti creditori utilis actio detur, tandiuque eum is qui jus repræsentat, tueatur, quamdiu in causssa pignoris manet ejus qui dedit.
§. Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis isque qui accepit, alii ea possessionem cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor ejus, id in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit. Quod si non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata et ante exolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit: non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, divorum principum placitis continetur. PP. Idib. Septembr. Pio et Pontiano Coss.

Ad L. Si creditor. 2.

Impp. Diocletianus, et Maximianus AA. Gemello.

Si creditor possessionem quæ a parentibus tuis pignoris juri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit: examinata fide viri, poteris eam soluto eo quod ex hac caussa creditori debetur, intercessu præsidis provinciæ recuperare. PP. XIII. Kal. Jan. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pignus pignori datum quid juris in secundum creditorem transferat.*

CReditor rem sibi pignori obligatam alii creditori suo recte pignori obligat, et quod hic dicitur, pignus pignori dare potest.
1 L. 1. *hic*, L. *grege*, §. 1. *D. de pig.* Hujus † posterioris pignoris quæ vis sit, hoc titulo explicatur. Vis ea est, ut quantum primus creditor juris habuit in pignore, tantum juris in secundum transferatur, nihil amplius. Primus creditor hypothecariam actionem habuit ad rem vindicandam L. *pignoris sup. de pig.* Habebit igitur et secundus. L. 1. *in prin. hic.* Primus creditor jure suo potuit rem distrahere, ac re distracta emptio retractari non potest, neque a debitore, neque ab ullo alio creditore. *L. pen. et* L *ult. sup. si antiq. cred.* Idem juris erit, et si secundus vendiderit, quanvis debitor cum eo nihil contraxerit, L. 1. *in fin. hic.* Sed tantum vindicare potest, et distrahere secundus creditor, quantum primus potuit; nihil amplius, ut declaratur exemplo in L. 1. *hic.* Nam si primo creditori possessio pignori data sit, id est, fundus, et is eam pignori dederit: recte eam distrahit creditor. Sin ususfructus tantum primo creditori pignori datus sit; et is integram possessionem secundo creditori pignori dederit: frustra secundus creditor possessionem alienabit; quia nec posset alienare primus creditor. Plus autem juris ille transferre non potuit, quam habuit. Tamdiu quoque pignus secundi creditoris manet, quamdiu et manet jus primi creditoris. Ea res facit, ut si debitor pecuniam primo creditori solverit, eadem opera et pignus a primo creditore liberetur, et liberetur a secundo. A primo: quia illi solutum est, et pignus solutione tollitur. L. *item*, D. *quib. mod. pig. vel hyp. sol.* A secundo: quia ille nihil amplius juris habuit, quam quantum fuit penes primum creditorem. Hæc sententia est L. *ult. h. tit.*

AD TITU-

AD TITULUM XXV.

COD. DE PARTU PIGNORIS ET OMNI CAUSSA.

Ad L. Partus. 1.

Imp. Alexander Mestriano.

Partus pignoratæ ancillæ in pari caussa esse, qua mater est, olim placuit. PP. Idib. Maii, Agricola et Clementino Coss.

Ad L. Cum pignoris. 2.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. Annoso, et Antonino.

Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua quam accepistis pecunia proponatis: horum mancipiorum operis quas creditor accepit, vel quas percipere potuit in usuras computatis et post in sortem: extenuato debito, residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus, mancipia vobis præses provinciæ restitui jubebit. S. V. Kal. Januar. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Re aliqua pignori obligata, etiam fructus, et quæcunque inde edita pignori esse: et cur.*

1 RE certa † qualibet quanvis specialiter pignori data, etiam quæ ex ea re nascuntur, pignori esse intelliguntur, quanvis de his nihil nominatim convenerit, veluti ancillæ partus. *L.* 1. *hic*, *L. Paulus*, §. 1. *fidejus.* §. *ult.* D. *de pig.* In eadem caussa sunt fructus fundi, pecorum fœtus L. *si convenerit*, §. *si fundus*, D. *de pig. act.* L. *grege*, *in pr.* D. *de pig.* Non obstat, quod dicitur, nullam rem pignori esse, nisi quæ generaliter, aut specialiter pignori obligata sit. L. *quanvis*, 17. *sup. de pig.* Nam et re aliqua principali obligata intelliguntur una obligatæ singulæ ejus partes. Fructus autem omnes, et quæcunque ex re postea nata sunt, aliquando rei pignoratæ partes fuerunt: nempe tunc, cum rei, unde nata sunt, cohærebant. *L. fructus*, D. *de rei vind.* Lex ultima hoc titulo explicanda est *ex* L. 1. *et* L. 2. *sup. de pig. act.* *et* L. *creditor sup. de pig.*

Ad L.

AD TITULUM XXVI.

COD. DE REMISSIONE PIGNORIS.

Ad L. Si te. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Proculo.

Si te manumissum, et in libertatem moratum sciente ea cui pignoris nomine obligatus diceris, præsidi probaveris: ex consensu creditricis remissam pignoris obligationem apparebit: et per hoc jure te manumissum, nec ab herede creditricis in servitutem peti posse, certum est. PP. XII. Kalend. Maii, Antonino A. II. et Geta. II. Coss.

Ad L. Si probaveris. 2.

Idem A. Materno.

Si probaveris te fundum mercatum: possessionemque ejus tibi traditam, sciente et consentiente ea quæ sibi eum a venditore obligatum dicit: exceptione eam removebis. Nam obligatio pignoris, consensu et contrahitur, et dissolvitur. PP. II. Id. Febr. Antonino A. III. et Geta. III. Coss.

Ad. L. Debitum. 5.

Idem A. Asclepiadi.

Debitum ejus meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti: etiam nunc petere non vetaris, et usitato more pignora vindicare. PP. VI. Id. Septemb. Gordiano A. II. et Pompejano Coss.

Ad L. Si eo tempore. 6.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. Argio.

Si eo tempore quo prædium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum præsentes essent, jus suum executi non sunt: possunt videri obligationem pignoris amisisse. PP. II. Id. Febr. Maximo III. et Aquilino Coss.

Ad L. Creditricem. 7.

Iidem AA. Paulino.

Creditricem patrui tui sub obligatione fundi qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eandem cautionem reddi: pignoris etiam jus remisisse videri, manifestum est. PP. V. Id. Septemb. Diocletiano III. et Maximiano AA. Coss.

Ad L.

Ad L. Si hypothecas 8.

Idem. AA. et CC. Apollonio.

Si hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium: palam est (etiam) actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant, nam fiscalis hastæ fides facile convelli non debet. PP. XIV. Kalend. Septemb. ipsis IV. et III. AA. Coss.

Ad L. Solita. Ult.

Imp. Justinianus A. Joanni *Præfecto prætorio.*

Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum quæ quibusdam creditoribus suppositæ, postea a debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui præbente, et quodam legitimo postea modo res ad priorem dominum revertuntur. In hoc etenim casu diversæ sententiæ a legum prudentibus habitæ sunt, quibusdam dicentibus jus pignoris creditori renovari propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est, aliis penitus extingui. Nobis autem visum est, qui semel consensit alienationi hypothecæ, et hoc modo suum jus respuit: indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietare. Dat. Consantinop. post consulat. Lampadii et Orestis. VV. CC. anno secundo.

SUMMARIA.

1. *Remissione pignus tolli, et remittere quid.*
2. *Quocunque modo declaretur consensus de remittendo pignore, ad liberandum pignus nihil referre; et quibus modis declaretur.*
3. L. debitum, C. de rem pig. *exposita.*
4. *Consentientem alienationi pignoris pignus remisisse videri; cur, et quid hic consensus desideret.*
5. *Consensum in alienationem apertum requiri.*
6. *Caussæ tres, in quibus hypotheca sciente creditore alienata, pignus remissum videtur.*
7. *Rem pignori obligatam, remisso semel ejus rei pignore, non recidere in obligationem pignoris, quamvis rursum acquisita sit debitori, et ejus bona omnia ante remissionem fuerint pignori obligata.*

L. ult. C. de remis. pig. *explicata.*

PIgnus citra consensum et remissionem creditoris non tollitur, quantumvis debitor rem obligatam alienarit, aut postea cum alio quovis creditore contraxerit. L. *penult. et*
1 *L.* 3. *hoc tit.* Creditore † autem pignus remittente, statim ejus consensu pignus solvitur. L. 3. *et* L. 4. *hoc tit.* Remittere pignus est voluntate sua a pignore discedere, seu consentire, ne res amplius pignori hypothecæve sit ut significatur in *d.* L. 4. Utrum hoc consensu ac remissione pignus tollatur ipso jure, an per exceptionem, diximus ad
2 L. *major. sup. de pig.* Quocunque † modo hic consensus declaretur, pignus liberatur. Semper enim idem consensus est. Declaratur hic consensus ac remissio tribus modis. Primum aperta conventione de remittendo pignore, cum scilicet paciscitur creditor, ne res pignori sit ne de pignore amplius agat. L. *solvitur, in pr.* L. *sicut.* §. 1. D. *quib. mod. pig. vel hypo. sol.* quæ pars dubitationem non habet. Secundo modo declaratur hic consensus conventione de principali debito interposita, seu principalis debiti remissione, cum creditor aut paciscitur, ne pecuniam petat, aut alio modo declarat voluntatem suam de debito remittendo, quocunque modo id faciat, *d.* L. *solvitur, in pr.* Huc pertinet L. *creditricem, hoc tit.* in qua pro certo ponitur creditorem videri jus pignoris remisisse, si cautionem debiti debitori reddiderit. Hoc ideo; quia creditor cautionem reddendo debitori suo, con-

convenire intelligitur, ne ab eo petat. L. 3. D. *de pact.* Adeo autem verum est, remissione debiti principalis per consequentiam a pignore discedi, ut quanvis debitum inutiliter remittatur, tamen pignus tollatur a remissione: si modo is, qui debitum remittebat, pignus quoque remittere potuit, et voluit. Ut si proponas uxorem debuisse marito suo decem, et marito quasdam suas res pignori dedisse: si maritus hoc debitum uxori remittat, inutiliter remittit: quia jus prohibet donationem inter virum et uxorem. Sed nihilominus pignus liberatum erit: quoniam in pignore nulla donatio est: hoc Papinianus in hac specie in L. 1. §. 1. D. *quib. mod. pig. vel hyp. sol.*

3 Videtur † tamen obstare huic sententiæ L. *debitum, hoc tit.* ubi debito per pacti conventionem inutiliter factam remisso, placet non tantum principalem obligationem manere, sed etiam pignora. Dicendum est conventionem inutiliter factam in eo rescripto accipi debere, quæ vere et in totum inutiliter facta sit tam, de principali debito, quam de pignoribus. Quod tunc accidit, cum is creditor debitum remisit, qui nec debitum remittere potuit, nec pignus; aut neutrum voluit. Non potest remittere pupillus, minor viginti quinque annis, furiosus, prodigus. Non vult autem remittere utrumque, qui paciscitur aut deceptus dolo, aut coactus metu. Et ideo bene Accursius id rescriptum ad has species retulit, non repugnantibus, sed maxime consentientibus verbis. Non est in hac caussa maritus, qui ut remittere uxori debitum voluit, et per debitum pignus: ita et potuit remittere, si non debitum, at certe pignus.

4 Tertio † modo declaratur consensus creditoris de pignore remittendo, si venditioni, alienationi, oppignorationi hypothecæ consentiat. L. 2. *hic*, L. *si consensit*, L. *sicut voluntate*, *D. quib. mod pig. vel hyp.* Hæc conventio et remissio etiam in hac specie et in superiore proxima colligitur non ex verbis, sed ex consequentia præcedentis consensus necessaria. Non enim potest debitum remitti, quin tollatur accessio pignoris. L. *in omnibus speciebus*, *D. de solut.* Non potest etiam creditor utiliter consentire alienationi pignoris, nisi pignus remittatur. Nam manente eadem caussa pignoris licuit creditori etiam invito debitore rem alienare. L. *debitorem, sup. de pig.* Hinc ita voluntas colligitur. Voluit creditor, quod antecedit; voluit igitur, et quod necessario consequitur. Illud in hac specie tenendum est, venditionem et alienationem eam nos hic accipere debere, non de qua solum consenserit creditor, ut sequeretur; sed quæ etiam revera secuta sit, et cum effectu ita, ut nec solveretur: et præterea secuta eo modo, in quem creditor consensit. Nam alioqui aut non est alienatio, quam hic quærimus, aut non intervenit creditoris consensus. Quibus rebus pariter efficitur, ne videatur creditor pignus consensu remisisse, L. *sicut.* §. *supervacuum*, L. 4. L. *voluntate*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* quem locum pluribus exposui in methodo hujus argumenti sub tit. *quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Ex † hoc postremo modo 5
remittendi pignoris quæstio nata est, si debitor pignus alienet sciente creditore, neque aperte consentiente alienationi, neque rursum aperte dissentiente: an videatur silentio suo alienationi consensisse, atque ita pignus remissum esse. Et placuit non videri, sed ut pignus remittatur, oportere creditorem aperte consensisse alienationi. L. *sicut*, §. *non videtur*, D. *quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Et ita quod in L. 2. *hic*, dicitur, pignus removeri, si sciente et consentiente creditore pignus alienatum sit, hoc verbum *consentiente*, per emphasin dictum accipere debemus, ut sit, aperte et nominatim consentiente; quandoquidem scientia creditoris sola non sufficit.

Sed † hoc loco tres species rerum excipiuntur, in quibus re alienata sciente creditore silentium creditoris solum pro consensu habetur, et pignus remittitur. Primum servi sciente creditore manumissi: de quo scriptum est in L. 1. *hic.* Hoc propter favorem libertatis. Deinde res omnes venditæ sciente creditore, de quibus creditor publico programmate admonitus est eas vendi, neque jus suum exsecutus est: de quo in L. *si eo tempore*, *h. tit.* Publicum programma sunt literæ publicæ et palam proscriptæ et propositæ, quibus continetur res illius debitoris vendi, et admonentur creditores, ut si qui putent eas res sibi obligatas esse, adsint, quod intelligitur ex L. *sed si pupillus*, §. 1. D. *de Instit. act.* In hac specie placet creditores præsentes programmate admonitos videri pignori renuntiasse, ne eorum fraudolenta dissimulatio emptoribus noceat; qui si scivissent, rem aliis pignori obligatam esse, non emissent. Postremo excipiuntur res, quæ a fisco venditæ sunt sub hasta scientibus creditoribus, ut est in L. *si hypothecas*, *hoc tit.* Quibus verbis intelliguntur creditores, qui sciverunt res a fisco vendi. Et hoc propter favorem fisci, ut eadem lege declaratur. 6

Remissionis † pignoris hæc vis est, ut pigno- 7

gnore semel remisso voluntate creditoris, eadem res non recidat postea in pignoris obligationem sine nova pignoris conventione, quanvis creditor ejus rei dominium denuo postea acquisierit, et quanvis res suas omnes obligaverit creditori, et quas habet, et quas postea acquisiturus est. Quod postremum effectum est constitutione Justiniani in *L. ult. hic.* Sed videtur prima fronte inique constitutum. Nam quæ res verbis generalis obligationis continentur, eædem etiam obligatione pignoris continentur. Atqui hic res postea a debitore quæsita verbis obligationis generalis continetur, est enim ex his rebus, quas debitor postea habuit: ergo et ea continetur obligatione generali pignoris. Sed verum non est quidquid verbis obligationis generalis continetur, id etiam obligatione pignoris contineri, nisi contineatur sententia quoque contrahentium. Unde dicimus obligatione generali pignoris contineri eas res, quas verisimile est aliquem specialiter obligaturum non fuisse. L. *obligatione* D. *de pig.* Jam vero in proposito ita est res, de qua quæritur, quæ denuo acquisita est debitori, ut verbis quidem generalis obligationis contineatur; sed non contineatur ex sententia contrahentium. Est enim excepta postea remissione creditoris, dum is consensit, ut liceret debitori eam alienare. Sed et hic rursum nobis occurretur. Hæc res desiit obligata esse, quia alienata est. Quare si redierit postea in bona debitoris, restaurabitur etiam pignus, quia caussa cessante cessare debet effectus. L. *quod dictum*, *D. de pact.* Sed nec hoc verum est, hic pignus ideo exstinctum esse, quia res alienata sit: imo ideo exstinctum est, quia creditor rem pignoris obligatione eximi voluit. Proinde nec redibit in eam obligationem sine contraria debitoris et creditoris voluntate. Bene igitur superius illud a Justiniano constitutum est. Sed animadvertendum est, hoc dictum esse a Justiniano de ea re a debitore consensu creditoris alienata, quæ ad debitorem postea reversa est legitimo modo. Ubi *legitimo modo reversam* intelligere debemus, quæ rediit ad debitorem sine ulla fraudis suspicione. Id enim referri debet ad id, quod placuit, ubi debitor rem recipit non sine suspicione fraudis, non videri pignus remissum, quasi nec vere alienatum fuerit, atque id tunc evenire, cum debitor rem alicui vendidit, et eandem postea ab eo recipit. Sic autem rem carere suspicione, ut res recepta non redeat in obligationem pignoris, si proponas debitorem successisse ei, cui prius rem vendiderat, aut eam rem debitori legatam esse, quæ sententia est L. *sicut*, §. *supervacuum*, D. *quib. mod. pig. vel hyp. sol.*

AD TITU-

AD TITULUM XXVII.

COD. ETIAM OB CHIROGRAPHARIAM PECUNIAM PIGNUS TENERI POSSE.

Ad L. unica Pignus.

Imp. Gordianus A. Festo.

Pignus intercidit, si novatione facta, in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. Quod si pactum inter te, eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur: quanvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. At si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quæ sine pignore debetur: eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt, quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. PP. Idus Martiis Gordiano A. et Aviola Coss.

SUMMARIA.

1. *Chirographaria pecunia quæ.*
2. *Novatione voluntaria pignus tolli: si tamen interposita sit hac lege, ut eædem res sint pignori: pignus cum eadem prærogativa temporis renovatum videri.*
3. *Novatione necessaria, seu litis contestatione pignus non solvi.*
4. *Etiam ob chirographariam pecuniam, quæ peti possit, retineri posse a creditore id pignus quod ei in aliam caussam obligatum erat: et quo jure.*
5. L. solutum, §. si sortem, D. de pig. act. *explicatur.*

HUjus rescripti duæ sunt summæ quæstiones, de quibus consultus fuisse videtur Gordianus Imperator. Prior est, an novatione qualibet pignus solvatur. Altera; an pignore manente possit id pignus retineri a creditore, non tantum in eam summam, in quam nominatim obligatum est a debitore, sed etiam in chirographariam pecuniam ab eodem debitore eidem creditori debitam. Chi-
1 rographariam † pecuniam titulus vocat, quæ in rescripto dicitur accepta esse sine pignore, item accepta simpliciter: in illis verbis: *At si in possessione:* ut intelligamus chirographariam dici, quæ chirographo tantum cauta est: non etiam pignore.

2 De † novatione sic constituitur hoc loco: interesse, utrum voluntaria sit novatio, an necessaria. Novatione voluntaria pignus intercidere: sed ita, si in novatione facienda non convenerit ut eadem res pignori esset creditori in novam obligationem; diversum esse, si id convenerit. De novatione idem traditur in L. *solutum*, *in princ. D. de pign. act.* Et habet hanc rationem: quia novatione principalis obligatio tollitur. §. *præterea*, *Inst. quib. mod. toll. obl.* Dissoluta autem obligatione principali etiam liberantur accessione, ut pignora, L. *in omnibus speciebus*, *D. de solut.* L. *item*, *D. quib. mod. pig. vel. hyp. sol.* Quod de conventione superiore diximus, idem traditur in *d.* L. *solutum*, D. *de pig. act.*

Et adeo verum est ea conventione renovata eandem rem pignori teneri creditori, ut etiam cæteris creditoribus in ea præferatur, uti ex priori obligatione præferretur: quia ex hac conventione creditor in locum suum succedit. L. *creditor*, §. *Papinianus*, *D. qui pot. in pig. hab.* huc pertinet L. 1. *supr. si antiq. cred.* Declaratur hoc jus in hoc rescri-

pto

pto exemplo facti hujusmodi. Primus debitor centum a creditore accepit, et ei fundum Tusculanum pignori obligavit. Cum debitor hunc fundum vendere vellet alii, placuit, ut qui empturus erat, ita emeret, si obligationem venditoris, ejusdemque primi debitoris in se susciperet, et ita eum liberaret, quod et factum est. Itaque creditor eam pecuniam, quæ a Primo debebatur, sibi dari ab emptore stipulatus est novandi animo: sed hac lege, ut idem fundus etiam nunc sibi in eam obligationem pignori esset. Dicimus, quanvis sine ista conventione exstinctum esset jus pignoris, tamen ea adjecta, in novatione facienda manere pignoris obligationem, et eandem prærogativam in pignore, quæ fuerat. Hæc † di-
3 cta sunt de novatione voluntaria. At necessaria novatione interveniente non minus pignus perseverat, quam ante. Necessaria novatio fit, cum creditor personali actione experitur judicio adversus debitorem suum de ea pecunia, in quam pignus obligatum erat, et debitor condemnatus est: ubi scilicet prior obligatio, qua tenebatur, transfunditur in novam obligationem et actionem judicati, L. *aliam*, *D. de novat.* de qua dicetur postea suo loco. Hac condemnatione, et, ut diximus, novatione non tollitur pignus, L. *solutum*, *in prin.* D. *de pig. act.* quoniam litis contestatio meliorem creditoris conditionem facere solet, non deteriorem, *d.* L. *aliam*, *de novat.* L. *non solet*, L. *nemo enim*, D. *de regul. jur.* Hoc est, quod illis verbis rescripti significatur: *quanvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem.* Quibus similia verba jam supra legimus, et interpretati sumus, in L. *quanvis*, 8. *de pign.* Atque hæc de novatione, de qua est prior pars hujus rescripti.

4 Quod † ad posteriorem quæstionem attinet, ita definitur hoc rescripto: pignore manente, creditorem persecutionem pignoris habere duntaxat in eam summam, in quam nominatim id pignus obligatum est; retentionem autem pignoris non tantum in supra scriptam summam, sed etiam in omnem aliam quæ ab eodem debitore eidem creditori sine pignore debeatur. Hic quæritur, quo jure creditor rem debitoris retinere possit sibi non obligatam? Et additum est in rescripto, *creditorem id consequi exceptione doli mali debitori opposita*: Quæritur, in quo nascatur hæc exceptio. Respondeo, in eo, quod debitor a creditore sibi restitui rem pignori obliga am postulat, et ita sibi a creditore solvi, cum ipse nolit creditori solvere, quod ei debet. Ita enim postulat in creditorem jus statui, quo ipse uti non vult, contra æquitatem naturalem, et illam partem edicti, *Quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur*, Titul. *quod quis. jur. D.* Sed debitam chirographariam pecuniam hic accipere debemus, quæ vere debita sit, ut et peti possit, qualis est mutua: talis enim exigitur illis verbis: *nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.* Alioqui contra erit; et ideo si debitor, qui in sortem et usuras minores fundum obligaverat, postea majores usuras pacto tantum promiserit sine pignore: placuit in majores istas pignus retineri non posse, L. *per retentionem*, *supr. de usur.*

Utcunque † tamen pecunia chirographaria debita fuerit, obstat huic constitutioni L. *so-* 5
lutum, §. *si in sortem*, *D. de pig. act.* ubi traditur, si debitor sortem et usuras debeat, et in unam summam ex iis pignus duntaxat obligatum sit, ea summa soluta pignus in alteram summam non teneri, sed statim competere debitori pignoratitiam actionem. Respondebimus duobus modis. Primum, illum locum sic recte interpretari nos posse, ut pignus obligatum sit in alteram summam duntaxat: nempe hoc expresso, ut in eam summam duntaxat obligetur. Præterea et hoc modo, ut quod dicitur in hoc rescripto, pignus in unam summam obligatum, in alteram summam retineri posse, sic accipiendum sit: si altera summa postea credita sit sine pignore. Quod si cum pignus in unam summam dabatur, utraque summa jam debebatur, ut accidit, cum et sors et usuræ debentur; dicendum est, quod scribitur in *d.* §. *si in sortem*: nimirum pignus in unam summam obligatum, in alteram teneri non posse, optima ratione, quod qui in unam dedit, is alteram excepisse intelligitur, arg. L. *si cum dotem in princ. D. solut. mat.* L. *maritus*, *supr. de prec.*

Sed hæc retentio pignoris creditori comparata est duntaxat adversus debitorem rem suam repetentem; non item adversus creditores quibus postea eadem res obligata sit, ut dicitur in extremo hujus rescripti. Quo exemplo recte placet in glossa ultima, idem de omnibus extraneis possessoribus dicendum esse, ad quos ea res pervenerit. Et merito: nulla enim talis doli exceptio illis objici potest, qualem debitori objici posse diximus.

AD TITU-

AD TITULUM XXVIII.

COD. DE DISTRACTIONE PIGNORUM.

Quæstionem hujus tituli proprium cognosce ex L. 4. *et seqq.*

Ad L. Fundum. 1.

Imp. Alexander. A. Pacatæ.

Fundum pignori obligatum si creditor ex fructibus debitum consecutus est, cum ipso jure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest. PP. Idib. Januar. Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIUM.

1. *Non potest distrahere pignus creditor, qui debitum ex fructibus consecutus est.*

QUod creditor ex fructibus rei pignoratæ percipit, id in sortem imputatur et eatenus debitum exonerat, et simul compensatione eatenus liberat debitorem, *L.* 1. *et L.* 2. *sup. de pig. act. L. ult. sup. de*
1 *par. pig.* Proinde si tantum † ex fructibus creditor consecutus est, quantum illi debebatur, obligatio soluta est, et ea solutione simul pignus liberatum, L. *item*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* L. *in omnibus speciebus. D. de solut.* Pignore hoc modo liberato efficitur id, quod inde colligitur hoc rescripto, pignus id a creditore postea frustra distrahi: non enim distrahi pignus potest, quod pignus esse desiit.

Ad L. Creditor. 2.

Idem AA. Maximæ.

Creditor, qui hypothecæ seu pignori rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videtur vendere, quia precario debitor possidet. PP. XII. Kal. Octob. Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *An creditor pignus jure distrahat, quod debitor a creditore precario possidet; et quæ dubitandi ratio.*
2. *Litigiosa res, non de qua controversia est inter aliquos, sed de qua lis est judicio mota.*

JUS est, rem litigiosam vendi non posse, L. 1. *et tot. tit. inf. de litig.* Hinc
1 † quæsitum, si forte creditor fundum sibi pignori obligatum precario possidendum reddiderit debitori: deinde debitore non reddente, aut etiam de pignore controversiam faciente, creditor eum fundum vendat; an recte vendat jure pignoris; an vero non recte, quasi videatur rem litigiosam vendere. Rescriptum est non videri hic rem litigiosam, tametsi debitor eam rem precario possideat. Adde amplius non videri litigiosam, etsi debitor neget rem pignori esse; aut interdicat creditori, ne vendat, vel emptori, ne emat, L. 1. *infr. de litig.* et recte. Non † enim est 2
res litigiosa, nisi ea, de qua lis mota est judicio, *d.* L. 2. *et Auth. seq. inf. de litig.* quod in proposito non accidit.

Ad L.

Ad L. Hypothecis. 3.

Idem A. Luciano.

Hypothècis, vel pignoribus a creditoribus venundatis, in id quod deest, adversus reum, vel fidejussorem ejus actio competit. PP. III. Non. Novemb. Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIUM.

1. *Creditor distractione pignorum non amittit jus exigendi reliqua.*

IN L. *creditor qui non, D. si cert. pet.* ita definitur: creditor, † qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem ejus debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. Adde ex hoc rescripto, non amittere eum hanc exactionem, etsi pignora distraxerit, ex quorum pretio debitum consecutus non sit. Recte: nam si pignoribus non distractis hanc exactionem habuit: necesse est, habeat et pignoribus distractis, quam ea distractione non amisit. Non debet autem videri ista distractione quidquam amisisse: cum pignorum distractio pro creditore sit, non contra creditorem: absurdum sit autem, quod in hoc comparatum sit, ut alicui prosit, id illi nocere. Sed hæc erat caussa dubitationis, quasi creditor pignorum persecutionem et distractionem eligendo, videretur alii juri suo renuntiasse. Quod non ita est, nullum enim in hoc facto renuntiationis creditoris argumentum est. De qua re vide plura ad L. *quamvis.* 8. *supr. de pig.*

Ad L. Creditor. 4.

Idem A. Crescenti.

Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit, notum debitori facere, et sibi bona fide rem gerere, et quando licet, testato dicere debet. Si quid itaque per fraudem in pignore villæ venditæ commissum probare potes: ut inferatur actio, quæ eo nomine competit: adi eum, cujus de ea re notio est. PP. Kalend. Jun. Fusco et Dextro Coss.

Ad L. Si Residuum. 5.

Idem A. Sossiano.

Si residuum debiti paratus es solvere, præses provinciæ dabit, (tibi) arbitrium apud quem quantum sit quod superest ex debito examinabitur, et sive ad judicem venire adversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad venditionem prosiluerit, improba alienatio proprietatis tuæ jus non aufert. PP. XII. Kalend. August. Pompejano et Peligno Coss.

Ad L. Quamdiu. 6.

Imp. Gordianus A. Rogato.

Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte majore eam consequutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. PP. XIII. Kal. Sept. Pio et Pontiano Coss.

Ad L.

Ad L. Si Cessante. 7.

Idem A. Caro.

Si cessante solutione, creditor non reluctante lege contractus, ea quæ sibi pignori nexa erant, distraxit: revocari venditionem iniquum est: cum si quid in ea re fraudulenter fecerit: non emptor a te, sed creditor conveniendus sit. PP. V. Kal. Novemb. Pio et Pontiano Coss.

Ad L. Si priusquam. 8.

Idem A. Maximo.

Si priusquam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente, facta contestatione eam deposuisti, et hodie quoque in eadem caussa permanet, pignoris distractio non valet. Quod si prius quam offeres, legem venditionis exercuit, quod jure substitit, revocari non debet. PP. III. Nonas April. Gordiano A. et Aviola Coss.

Ad L. Quæ specialiter. 9.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. Cillo.

Quæ specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem bona fide debetis, et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex precio pignoris debito satisfieri possit. Quod si quid deerit: non prohibemini cætera etiam bona jure conventionis consequi. PP. XIII. Kalend. Jun. Diocletiano III. et Maximiano AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pignus distrahere licere invito debitore, et citra conventionem.*
2. *Licere distrahere, etsi convenerit, ne distrahere liceret; quando et quatenus: et cur nihil hic obstet conventio.*
3. *Pignus statim vendi posse cessante debitore.*
4. *Oblationem pecuniæ solam non impedire distractionem pignoris in pecuniis privatis: in vectigalibus contra.*
5. L. ult. C. de jur. dom. imp. *non impedire, quominus pecunia non soluta pignus statim distrahatur.*
6. *Nec parte debiti soluta ideo impediri totius pignoris distractionem.*
7. *Bona fide et solemniter pignus vendi debere, et hoc quid sit.*
8. *Pignore a creditore nec bona fide, nec solemniter distracto venditionem nihilominus valere, dum emptor fraudis particeps non sit: sed actionem esse adversus creditorem in id quod debitoris interest.*
9. *Vendito pignore dominium in emptorem transferri, et quo jure.*
10. *Vendito pignore venditionem revocari non posse: extra quam si venditum sit a creditore, ut debitori oblato pretio recipere liceret rem suam; quæ hinc debitori actiones ad rem recuperandam.*

Horum sex rescriptorum summa ad unam sententiam refertur. Explicant enim, quodnam sit jus creditoris in pignore distrahendo. Itaque de his, quantum huic loco conveniat, conjunctim dicemus. De jure creditoris in distrahendo pignore quatuor hæc quærenda sunt. Primum, an possit creditor suo jure pignus distrahere etiam invito debitore. Secundo loco, si potest, quando possit, utrum statim, et cum videtur, an illi aliquod tempus expectandum sit. Tertio, quid in pignore distrahendo observare debeat. Postremo

1 stremo quæ sit vis hujus venditionis. De † primo sic statuemus, creditori pignus distrahere licere. L. *si cessante*, *hic*. Et quidem licere invito debitore, quæ sententia est tituli proxime sequentis. Plus dicimus, si forte ejusdem debiti nomine plures res creditori obligatæ sint, esse in arbitrio creditoris ex iis rebus, quibus velit distractis, ad jus suum pervenire. *L. creditoris*, *D. eod. tit.* una hac specie excepta, si cui universa bona pignori obligata sint, et quædam ex his specialiter, ubi placet temperari ita jurisdictionem, ut de iis, quæ specialiter obligata sunt, prius agi debeat, quam ad reliqua veniatur, de quo cautum est in L. 2. *supr. de pign.* ubi diximus. Et hoc jus distrahendi pignoris in re certo obligata dubitationem non habet, si ab initio convenerit, ut creditori distrahere liceret. Sed quid, si nihil de eo convenerit? placet eum distrahere posse, sive id convenerit, sive non convenerit; dummodo non convenerit, ne distrahere liceret, ut est in L. 4. D. *de pig. act.* Et hoc est, quod dicitur in *d. L. si cessante, hic.* pignus recte vendi, dummodo venditum sit non reluctante lege contractus. Lex enim hic conventionem significat in traditione, aut alienatione rei nostræ interpositam, L. *legem*, *sup. de pact. L. ea lege*, *sup. de cond. ob caus. dat.* et toto Tit. *sup. si mancip. ita fue. alien.*

2 Plus † complectitur Ulpianus in *d.* L. 4. *D. de pig. act.* nempe quanvis convenerit ab initio, ne distrahere pignus liceret; tamen creditorem pignus distrahere posse, si ter denuntiaverit debitori, ut solveret, neque solverit. Ter denuntiare quomodo accipiendum sit, quæsitum est. Nos ex tribus edictis, quæ proponuntur adversus debitores absentes ad contumaciam coercendam, *L. contumacia*, *D. de re jud.* quid hic statuendum sit, intelligimus. Non dubium est enim, quin in proposito tres denuntiationes ab Ulpiano exigantur, ut intelligatur debitor post eas extrema frustratione uti. Ita finis et caussa utrobique par et edictorum illorum et denuntiationum, de quibus Ulpianus agit. At inter unumquodque edictum ex illis tribus exigitur, ut non minus intervallum intercedat, quam decem dierum, *L. ad peremptorium, et LL. seqq. D. de jud.* Quamobrem et in his tribus, de quibus agit, recte idem intervallum exigemus: ut sic ad extremam frustrationem debitoris conficiatur mensis unus, priusquam creditor pignus contra superiorem conventionem possit vendere. Sed hic occurretur. Ulpiano. Nam jus jubet pacta servari, L. *juris gentium*, §. *cum ait*, D. *de pact.* Quomodo igitur licet pignus vendere contra conventionem? Respondeo, non vendi hic pignus contra conventionem. Nam cum ab initio convenit, ut res pignori esset, vi ipsa convenisse intelligitur, ut distrahere liceret. Jus enim distrahendi pignoris est ita pignoris proprium, ut ab eo non possit separari, adeo, ut cum convenit, ut rem aliquam liceret distrahere, etiamsi non nominatim convenerit, ut ea res pignori esset; tamen pignus constitutum intelligatur: *L.* 3. §. *ult. D. qui pot. in pig. hab.* nempe ut ex eo, quod proprium est solius pignoris in re aliena, ipsum quoque pignus colligatur. Ergo cum ita convenit a principio, ut rem distrahere liceret, non debemus, neque possumus posteriorem conventionem sic interpretari, quasi omnino pignus distrahere non liceat, alioqui id ageretur, ut pignus non esset pignus, quod est absurdum. Quare posteriorem conventionem commode sic interpretamur: ut ne liceat pignus distrahere, antequam constet extremam frustrationem debitoris præcedere.

3 Postquam † creditor pignus distrahere potest, videamus, quando possit: quod secundo loco quærebatur. Et expressum est in L. *si cessante, hic.* pignus recte vendi, si cessante solutione venditum sit. Ex quo intelligimus, pignus statim vendi a creditore posse, simulatque pecunia deberi cœperit, neque solvetur. Idque adeo verum esse declaratur aliis rescriptis; ut quanvis creditor non interpellato debitore ut solveret, pignus distraxerit: tamen placeat ratam esse venditionem, si distraxerit, priusquam debitor pecuniam offerret. L. *si prius*, *hic.* 4 Plus † dicimus; etsi debitor pecuniam obtulerit, quam creditor recuset accipere: tamen nihilominus pignus recte vendi, nisi debitor ea adjecerit, quæ solutionis vim habent; puta, nisi pecuniam obsignarit, et obsignatam testato deposuerit, ut declaratur in *d.* L. *si prius, et* L. 2. *inf.* prox. Tit. *debito. vend. pig. imp. non posse.* De qua obsignatione diximus *ad L. creditor*, *sup. de pig.* Sed huic juri locus est in pecuniis et quibuslibet præstationibus privatis. In publicis pensitationibus, ut vectigalibus et tributis, quorum nomine prædia obligata sunt, locum non habet. In quibus hoc servatur humanitatis caussa, ne liceat ob vectigal non solutum pignus vendere, nisi debitore vectigal non offerente, et jussu præsidis, tum justo pretio solemniter res distrahatur. *L.* 2. *sup. si prop. pub. pens.* Unde non mirum, si in hoc genere legimus venditionem fundi ob vectigal reip. venditi rescissam, quia dominus professus esset para-

ratum se solvere, et fundus minoris vænisset, quam debita summa esset: hoc in L. *pen. D. de resc. vend.* Quod cum in publicis pensitationibus responsum sit, in quibus singulari jure id observatur: satis intelligitur, superiori juri de privatis pecuniis et hypothecis constituto non esse contrarium, nec debere ad eas hypothecas et pecunias transferri. Sane si creditore privato accipere pecuniam recusante, aut recusante dicere, quantum debeatur, debitor adversus eum judicio pignoratitio agere cœperit: inhibebitur pignoris distractio, ut est in L. *si residuum, hic.* Hoc ideo: quia pignoratitia actio nascitur debitori, cum hæc conditio exstiterit, ut pecuniam solveret, *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* Videtur autem impleta esse conditio, cum per creditorem stat, quominus impleatur *L. in jure, D. de reg. jur. L. jure, D. de cond. et demon.* Et ideo placet sola oblatione pecuniæ in judicio facta pignoratitiam actionem nasci, et procedere debitori. *d.* L. *si rem, §. ult. D. de pig. act.* Quæ omnia, ut dixi, evidenter probant creditori statim pignus vendere licere.

5 Sed † huic sententiæ opponitur L. *ult.* §. 1. *inf. de jur. dom. imp.* ubi scriptum est, creditorem pignus suo jure distrahere posse, si ab ejus interpellatione, aut judicis sententia biennium intercesserit. Et vulgo existimatum est, eam legem veteri juri derogare, quod non probo. Etsi enim illic generaliter de omni creditore scribatur; tamen responsum ex præfatione et proposito Justiniani interpretandum est. At Justinianus initio constitutionis præfatur se agere de eo creditore, qui jus dominii impetrare velit. Huc recte accomodabitur, quod dicitur in §. *præterea, Instit. de inut. stip.* responsionem quanvis simplicem et generalem, tamen ad interrogatum referri debere, ut non amplius quisquam respondisse intelligatur, quam de quo interrogatus est, utputa stipulatus sum decem, si navis ex Asia venerit: promissor respondit, dabo, sine ulla conditione: nihilominus eadem conditione respondisse intelligitur, ut semper responsum temperetur interrogatione. Huc etiam pertinet, quod dicitur, ea quæ in præfationibus comprehensa sunt, in subjectis stipulationibus intelligi debere. L. *Titia, §. 1. D. de verb. obl.* Eodem recte accomodabitur et illud, quod in L. *si servus plurium, §. ult. D. de legat.* 1. scribitur de interpretatione voluntatis testatoris: nempe hanc, si cætera obscura sunt, recte colligi ex præcedentibus et sequentibus. At in constitutione Justiniani legenti apparet, et prima et postrema esse de jure dominii impetrando. Quamobrem longius constitutionem porrigere non debemus: præsertim cum pertineat ad jus vetus et illud æquissimum corrigendum, quod nunquam creditur Imperator facere voluisse, nisi nominatim expresserit. L. *si quando, sup. de inoff. test.* Et certe manifestum est, pignus constitui inutile creditori, si tamdiu expectare cogitur, ut ad suum perveniat. Tenebimus igitur, quemadmodum creditori jus est pignus distrahere: ita jus esse distrahere, quandocumque pecunia soluta non erit. Sed hoc exigitur, ut pecunia soluta non sit. Quod si soluta erit, aut tantum consecutus erit creditor de fructibus pignoris, quantum illi debetur: pignus distrahi non potest, ut pote liberatum obligatione pignoris, ut scribitur in L. 1. *sup.*

Hinc † quæsitum de parte soluta. Quid 6
ergo, si debitor partem debiti solverit, partem non solverit; an quemadmodum saltem pro parte obligationis principalis liberatio nata est, sic pro parte pignus liberabitur, et retardabitur jus pignoris distrahendi? Hic placuit, omnem pecuniam solutam esse oportere, ut inhibeatur pignoris distractio. Quod si factum non erit, quantulumcumque deerit vel de sorte, vel de usuris, nihilominus totum pignus vendi posse; ut ante poterat, *L. quandiu, hic, L. ult. infr. prox. tit.* At enim, dicet aliquis, quæ de tota re constituta sunt, eadem valent etiam de parte. *L. quæ de tota, D. de rei vind.* Jam tota pecunia soluta totius pignoris liberatio nascitur. Quare et parte pecuniæ soluta pro parte pignoris nascetur liberatio, inhibebiturque ejus distractio. Et recte hæc dicuntur in iis, in quibus totum est, et pars. Quod in pignore locum non habet. Pignus enim non recipit partis liberationem, non natura sua: nam quæ res pignori dantur, dividi possunt: sed lege conventionis. Datur enim pignus, ut liberetur sub conditione, si pecunia soluta erit: non intelligitur pecunia soluta esse, nisi quæ tota soluta est. L. *heredes, §. idem juris, D. fam. erc.* Proinde nisi tota pecunia soluta, nihil de pignore liberatur. Et hoc est, quod dicitur, omnem pecuniam solvi debere, ut nascatur pignoratitia actio. *L. si rem, §. omnis. D. de pig. act.* Sed hic rursum occurritur, nam principali obligatione sublata non potest pignus manere, cum sit principalis obligationis accessio, *L. in omnibus speciebus, D. de sol.* At parte debiti soluta, nascitur pro ea parte principalis obligationis liberatio. L. 9. §. *ult. D. de solut.* Ergo et pro ea parte pignus

gnus, idest, accessionem liberari necesse est. Et totum hoc verum est, dummodo intelligatur, pignus in proposito non simpliciter dici liberari, sed cum adjuncto: liberari videlicet pro ea parte, quæ soluta est: intelligaturque ita pro ea parte pignus liberari, ut jam pro ea parte pignus nec peti possit, nec distrahi. Sed hoc ad rem non pertinet. Non enim quærimus de ea parte debiti, quæ soluta est: sed de ea quæ soluta non est. Pro ea vero parte nos dicimus pignus teneri, et in solidum teneri, quantum ab initio datum est; quia non patitur lex pignoris, ut pignus solutione partis debiti liberetur, ut supra docuimus. Ergo, ut dixi, creditor pignus suo jure distrahere potest, et cum vult, potest, si cessarit vel minimæ partis debiti solutio.

7 Sed † in ea venditione creditori quædam observanda sunt, de quo tertio loco quærebamus. Hæc autem sunt, ut bona fide vendat, et solemniter, ut est comprehensum in L. *specialiter*, *hic*. Bona fide vendere, est ita vendere, ut bonus paterfamilias faceret in re sua, idest, omnia observare, propter quæ res facile emptorem reperire possit, et quam optime vendi, argumen. L. *ea agitur*, *D. de pig. act.* vel, quod idem est, bona fide vendere, observatis iis, quæ in distrahendis pignoribus observari solent. Quod colligitur ex L. *penult. inf. si vend. pig. ag.* ubi scriptum est, pignore vendito his non observatis, videri pignus contra bonam fidem distractum. Solemniter vendere idem prope valet. Solemne enim appellamus usitatum et consuetum, seu quod in re quaque observari solet, ut indicat illa regula juris: *Etsi ex solemnibus nihil facile immutandum sit: tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est.* L. etsi, *D. de reg. jur.* L. *pen. D. de in integ. restitut.* Unde et solemnes feriæ opponuntur extraordinariis, idest, non certis, non usitatis, sed pro tempore constitutis. L. *sed etsi per prætorem*, §. *si feriæ*, *D. quib. ex causs. major.* Est igitur solemniter vendere idipsum, quod dicitur in *d.* L. *pen. infr. si vend. pig. ag.* vendere observatis iis, quæ in pignoribus vendendis celebrari solent. Quænam hæc sint, comprehensum est in L. 4. *hic.* Sunt autem hæc primum, ut si res immobilis est, puta ædes, aut fundus, venditor rem proscribat. Proscribere est literis publicis ante ædes, aut eum locum, qui venditur, propositis significare rem venalem esse. L. *sed si pupillus*, §. *proscribere*, *D. de inst. act.* Proscriptio hæc eo pertinet, ut excitentur lectores ad emendum, atque ita res emptores reperiat. Deinde exigitur, ut creditor, dum proscribit, notum id debitori faciat. Hoc ideo ex bona fide: quia admonitus debitor poterit quærere et reperire facilius emptorem, aut etiam solvendo creditori eum omni molestia distractionis liberare. Tertium exigitur, ut quoties licet, in re distrahenda testato notum debitori faciat: testato, idest, testibus adhibitis: hoc ideo, ut scire possit debitor, quanti res vendatur; et ne quæratur, si creditor non percipiat tantum, quantum ipsi debetur: et sic constare possit creditori, non posse ex eo pretio satisfieri, ut significatur *d.* L. *quæ specialiter.* Quod si res mobilis erit, quæ a creditore distrahetur, ea proscribi non potest, sed erit ex fide bona, et ex usu, si ea vendatur sub actione publica, si forte ea loca erunt, ubi auctiones publicæ vulgo frequententur.

Quid, † si his non observatis creditor pignus distaxerit, an nullius momenti erit venditio? Immo nihilominus valebit, dummodo is, qui emit, non sit particeps fraudis. Hujus rei certissimum argumentum habemus in L. *si cessante*, *in fin. hic*, ubi scriptum est, etsi fraudulenter res vendita sit a creditore, idest, adversus ea, quæ supra diximus, ut indicat L. 4. *supr.* tamen non emptorem de ea re conveniri posse, sed solum creditorem. Si emptio rata non esset, etiam emptor posset conveniri a debitore: jure enim debitor rem suam vindicaret. Nunc autem convenire emptorem non potest: non sane alia de caussa, quam quod dominus rei venditæ esse desiit, atque ideo desiit, quia valuit emptio. Hic aliquis dicet stulte igitur superiora illa videntur observari si creditor his contemptis potest impune pignus distrahere. Non ita est. Etsi his contemptis valeat emptio, non ideo impune feret creditor, qui illa contempserit: ut non otiose superiora ab illo exigantur. Hæc est pœna, ut debitori sit adversus eum actio, quæ eo nomine competit: sic enim verba sunt *L. 4. in fin. hic.* Quam ergo actionem hic intelligimus, et cujus rei nomine? Nam illic nihil adjicitur amplius, uti nec in L. *pen. infr. si vend. pig. agat*, ubi jubetur simpliciter debitor in caussa experiri competenti actione. Et pignoratitiam directam hic accipere debemus, quæ debitori adversus creditorem datur de pignore restituendo, sive id creditor habet, sive culpa sua habere desiit. Hæc enim est actio, quæ de pignore tradito inter creditorem et debitorem nascitur. §. *ult. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Quid hac actione petet debitor? Aget in id quod sua interest pignus non ita distractum fuisse, ut creditor distraxit, ut est in L. 1. *infr. si vend. pig. agat.* Quatenus interesse pu- 8

putamus debitoris pignus non ita distractum fuisse? Quanto videlicet pluris valuit, quam venditum est: ut quoniam venditum non est, quanti erat, tantum præstetur', quanto minoris venditum fuit, quam valuit, argument. in L. 3. *infr. si vend. pign. agat.* Ex quo colligimus, si supra scriptis rebus non observatis creditor rem tanti vendiderit, quanti valet, tum debitori nullo modo teneri. Sed tenebitur, isto modo, si non bona fide distraxit. Quid, si bona fide? hic vero nullo modo tenebitur, quanvis minimo res distracta sit: quia nihil sit hoc casu, quod ei possit imputari. Sane si fraudulenter creditor pignus minoris distraxit, et emptor fraudis particeps fuit, nulla erit venditio: certe non impediet, quo minus et emptor de ea re conveniri possit de quo dicetur, ad L. 1. *infr. si vend. pign. ag.*

9 Reliquum † est, quod quarto loco proposuimus, ut videamus, cum pignus recte distractum erit, quæ sit vis, et quis effectus venditionis. Et scriptum est in L. *si cessante*, *et* L. *si prius*, *in fi. hic.* venditionem jure subsistere, venditionem, quæ subsistit, revocari non posse. Quibus verbis intelligere debemus, non tantum contractum venditionis valere, ut nascatur ex eo actio emptori adversus creditorem; sed ita valere, ut pignore ex ea caussa tradito emptori dominium ad emptorem transferatur. *L. non est novum*, *D de acq. rer. dom.* Sed quomodo dominium transferre potest creditor, qui dominus non fuit, cum regulæ juris non patiantur plus juris quemquam in alium trasferre, quam ipse habet? *L. nemo plus juris*, *D. de reg. jur.* L. *traditio*, *D. de acquir. dom.* Nihil hic fit adversus regulas juris, nam cum creditor pignus distrahit, et alienat, ipse debitor alienare videtur, qui dominus fuit: alienatur enim ejus voluntate, qui ab initio ita dedit, ut creditori distrahere liceret. §. 1. *Inst. quib. al. lic. vel non.* Nec ad rem pertinet, si nominatim non convenit, ut creditori liceret distrahere, satis enim hoc convenisse intelligitur, cum convenit, ut res pignori esset: quoniam pignoris proprium est vendere licere, at supra docuimus, et huc pertinet L. 4. D. *de pig. act.* Sed adjecimus dominium pignoris in emptorem transferri, si pignus ei traditum erit a creditore. Quod si ei traditum non est, is dominus pignoris effici non potest, ut est in *L. qui prædium*, *inf* propterea quod ita jus est de transferendis dominiis, ut dominium ex consensu non transferatur, nisi traditione. L. *traditionibus sup. de pact.* §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Cæterum pignore tradito sic dominium transfertur, ut emptori postea avocari non possit, ne a debitore quidem, quanvis illi precium offerat. L. *pen. sup. si anti. cred.* Et hoc est, quod in *d.* L. *si cessante*, *hic.* dicitur, venditionem revocari non posse. Idque consequens est regulæ juris, qua efficitur, id, quod nostrum est, sine facto nostro a nobis recedere, et ad alium transire non posse. L. *id*, *quod nostrum*, D. *de reg. jur.*

Hoc ita, † nisi cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, 10 ut si solveret debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam: facit hæc conventio, non solum ut mandata a creditore actione ex vendito agere possit debitor adversus emptorem, et rem repetere oblato pretio, sed etiam possit rem suam vindicare, aut in factum, idest, utili actione suo nomine adversus emptorem agere. L. *si cum venderet*, *D. de pig. act.* Cujus juris rationem exposui in methodo sub hoc ipso titulo. Unde et hoc, et alia pleraque ad distractionem pignorum pertinentia tractata copiosius petere licebit. Tantum hic attingere visum est ex eo genere, quantum proprie ad hujus tituli Codicis explicationem et nonnullorum locorum hujus partis certiorem interpretationem facere videbatur.

Ad L.

Ad L. Et qui sub imagine. 10.

Iidem AA. et CC. Rufino.

Et qui sub imagine alterius personæ, quam supposuerat, jugiter tenet: cum sibi negotium gerat, alienasse non videtur. Jure enim pignoris obligatum prædium, neque si per subjectam personam creditor comparaverit, neque si sibi addixerit, debitori affert præjudicium: sed in eadem caussa permanet, in qua fuit ante hujusmodi collusionem. Sane si debitore distrahente comparaverit, consensu emptionem perfectam (si neque dolus adversarii, neque metus caussa gesta agentur) revocari, exemplo grave est. Si igitur poteris evidentibus probationibus monstrare, creditorem per suppositam imaginarii emptoris personam semper possessionem tenuisse, nec vendita bona fide prædia postea sinceriter comparasse: potes oblata pecunia cum usuris, ad restitutionem creditorem compellere. PP. III. Non. Octob. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Creditores pignus emere non posse sive illud per se sibi addicant sive per suppositam personam, et cur, num.* 2.
2. *Per suppositam personam emere quis intelligatur.*
3. *A debitore ipso creditorem recte pignus emere.*
4. *Debitoris esse, probare emptorem pignoris esse imaginarium, et quomodo id probetur.*

EFfectum est supra, creditorem pignus vendere posse: si vendiderit, emptorem revocare non posse. Id sic accipiendum esse docemur hoc rescripto, si modo vere vendiderit, idest, vendiderit alii, non sibi.
1 Ipse pignus a se emere non potest. Et † sive pignus sibi ipse addicat eo pretio, quo quivis alius empturus esset, sive emat per suppositam personam extranei emptoris, utrobique perinde res habebitur, quasi rem non vendidisset. Merito: non est enim emptio, nisi ubi alius est emptor, alius venditor. *L.* 1. *D. de rer. permut.* quod non fit, ubi idem creditor et emptoris, et venditoris vice fungitur.

2 Per † suppositam personam emere intelligitur, cum rogat aliquem, ut pignus emat non suo nomine, sed nomine creditoris, et cum pignus acceperit, id creditori reddat, atque hic eventus sequitur. Ideo autem in hac specie extraneus, qui pignus emit, non dicitur emere; quia is demum emere et capere intelligitur, qui id capit, quod est apud eum permansurum. L. *aliud est capere*, *D. de verb. sig.* Quod autem quis ita capit, ut restituat alteri, is nec capere videtur. L. *cum ei* 42. *D. de leg.* 2. Eo fit, ut hic emptor magis imaginem et speciem emptoris habere intelligatur, ut hic dicitur, quam emptor esse. Ita restat, ut creditor emisse potius intelligatur: quod cum facere non possit, quia a semetipso emit: efficitur utroque modo nullam esse venditionem pignoris, sive ipse addicat sibi, sive per suppositam personam emat. Unde etiam necesse est, pignus in sua caussa manere.

Inde † quæsitum est, an propterea creditor omnino pignus emere non possit. Respondent Imperatores, posse eum emere a debitore, non a se. Recte: nam a se ideo non potest, quia non est alius qui vendat; a debitore autem recte emit, quia est alius qui vendit: debitor videlicet, idemque rei dominus: qui proinde jus transferendi habet. Quod sane non facit, ut videatur creditor a se emere, quod eum facere posse recte in universum negavimus. Relinquitur igitur, quod est in extremo rescripti, ut si creditor per suppositam personam illius emptoris, de quo diximus, pignus adhuc possidere reperitur, possit debitor de suo pignore pignoratitia actione experiri. Hoc enim consequens erat citra controversiam, si creditor nunquam pignus distraxisset. Interim † necesse habet debitor in hoc judicio intendere, personam illius emptoris, de quo diximus, per quam creditor pignus recepit, esse a creditore suppositam. Quid, an hoc debitor probare debet, an vero etiam citra aliam probationem debitori fides habebitur? Et hic ex-

expressum est, debitorem evidentibus probationibus id monstrare debere. Quod respondetur convenienter regulis juris his: Ei, qui dicit, incumbere probationem: *L.* 2. *D. de prob.* Item: Actore non probante reum obtinere, quanvis nihil ipse præstiterit, *L. qui accusare*, *in fin. sup. de eden.* Sed de hac probatione laboratur propter L. *sicut*, §. *supervacuum*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* ubi in specie pari non videtur exigi probatio ab actore. Et probandum est, debitorem, ut et hic dicitur, semper probare debere, quod intendit, id enim exigunt regulæ superiores juris. Sed id probabit dupliciter, alias ex iis sermonibus, quibus res gesta est inter creditorem et illum emptorem imaginarium; alias conjecturis ex iis, quæ postea secuta sunt, sumptis. Ex sermonibus: si probatur testibus, creditorem illi emptori mandasse, ut sibi rem emeret. In conjecturis ea erit, de qua agitur in *d. L. sicut*, §. *supervacuum*, nimirum si res apud creditorem reperiatur, neque unquam pecunia pretii ab illo soluta sit illi emptori imaginario. In hoc genere conjecturarum quæsitum est, an satis sit argumenti, emptorem imaginarium fuisse, si probetur pignus venditum numquam fuisse illi emptori traditum, sed semper apud creditorem mansisse. Plerique putant hanc probationem esse satis idoneam, ut saltem onus probationis transferatur in creditorem. Sed refragantur verba hujus rescripti, in quo proponitur creditor jugiter rem possedisse, et in principio, et in extremo: et tamen in ea specie exigitur, ut debitor nihilominus probet, personam emptoris supposititiam fuisse.

Ad L. Mulier. 11.

Iidem AA. et CC. Rufinæ.

Mulier licet specialiter res pignori dederit pro alio, creditor eas distrahendi non habet facultatem, nisi dissimulatione, marito obligante velut proprias, creditoris ignorantiam circumscripserit. PP. V. Kal. Maii, Heracliæ, AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. Mulieris res pignori pro alio a muliere ipsa obligari non posse: ab alio posse qui tanquam suas sciente et dissimulante muliere obliget: et cur utrumque.

1 SI mulier rem suam pro marito, aut alio quovis debitore pignori obligavit creditori, hic traditur creditorem pignus distrahere non posse. An quod est aliqua caussa, in qua creditor jus distrahendi pignoris sui non habeat? Minime: sed quia in proposito pignus nullum fuit. Prohibet enim Senatuscons. Vellejanum, quo vetantur mulieres pro aliis intercedere, L. 1. L. 2. *D. ad Vell.* Intercedit autem mulier, non solum, quæ se pro aliis obligat vel mandando, vel constituendo, vel fidejubendo, sed etiam quæ res suas obligat pro aliis, eo fit, ut pignus non consistat. L. *quanvis*, *D. ad Vell.* L. *si fine*, *supr. ad Velleian.*

Interdum tamen possunt res mulieris pro alio obligari, quod tunc fit, cum debitor res mulieris tanquam suas pignori dat creditori, mulier autem præsens dissimulavit eas suas esse, idest, silet, neque refragatur: quæ species hic ponitur in extremo, idem scriptum est in *d.* L. *si sine*. Et hæc ratio est, non quod mulier in hac specie non intercedat, ut in superiore, cum aperte rem suam pignori obligat; sed quia hac dissimulatione creditorem decipit, qui rem debitoris esse credidit, non mulieris: cujus si rem esse scivisset, pecuniam non credidisset. In hac caussa ideo mulieri non succuritur; quia senatusconsulto deceptis tantum succurritur, non decipientibus. L. 2. §. *pen. D. ad Vell.*

Ad L.

Ad. L. si debitor. 12.

Iidem AA. et CC. Zotico.

Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam, te non consentiente distraxit: dominium cum sua caussa transtulit ad emptorem. S. Pridie Kal. Maii, Heracliæ, AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Debitor rem pignori obligatam nonnisi cum sua caussa in alium transferre potest, præterquam si creditor consentiat alienationi.*

1 NON solus creditor pignoris distrahendi jus habet; sed habet et debitor, † et ita habet, ut si rem pignori obligatam ex ea caussa tradiderit, dominium in emptorem transferat, ut qui dominus fuerit. §. *per traditionem, Inst. de rer. divis.* Sed hac alienatione creditori non nocebit. L. *distractis*, *L. debitorem*, *supr. de pig.* ubi diximus. Et hoc est, quod hic dicitur, dominium transferri cum sua caussa, quod significat rem transferri cum sua conditione, idest, ea conditione, quæ futura esset, si res alienata non esset. *L. traditio*, *D. de acquir. rer. dom.* L. *alienatio*, *D. de cont. empt.* L. *via*, §. *si fundus*, *D. de ser. rust. præd.* Si debitor consentiente creditore alienavit, sine vetere caussa dominium in emptorem transtulit; quoniam pignus consensu creditoris remissum est. *L.* 2. *sup. de remis. pig.*

Ad L. Qui prædium. 13.

Iidem AA. et CC. Theodotæ.

Qui prædium obligatum a debitore comparaverit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet.

SUMMARIUM.

1. *Creditorem pignus distrahentem dominium transferre: sed ita, si vacuam possessionem tradat emptori; vacua quæ.*

1 CReditor † rem pignori obligatam distrahendo, ejus dominium transfert ad emptorem. *L. non est novum, D. de acq. rer. dom.* Hoc sic accipiendum est: si ea intervenerint, quibus dominium jure transferri solet; inter cætera si res tradita erit emptori: nam sine traditione dominium non transfertur. L. *traditionibus*, *supr. de pact.* Eo fit ut re emptori non tradita, is quoque actionem in rem nullam habeat: quippe quæ soli domino competat, *L. in rem*, *D. de rei vind.* Exigitur autem hic, ut inducatur emptor in vacuam possessionem, ut et in L. *cum res*, *sup. de prob.* Vacuam possessionem hic accipere debemus, quam emptor ingreditur creditore tradente, nemine emptorem prohibente. Contra ea non est vacua, quam emptor sic ingreditur, ut alii eam rem possidenti vim faciat, et eo dejecto rem occupet. Quod eo pertinet, ut intelligamus, si emptor ita possessionem occuparit, non jure eum occupasse videri, neque dominum fieri, ut diximus ad L. 3. *sup. de pig.*

Ad L.

Ad L. Si in hoc. 14.

Iidem AA. et CC. Modesto.

Si in hoc, quod jure tibi debetur, satisfactum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus: aditus præses provinciæ, tibi distrahendi facultatem jubebit, fieri. PP. XVI. Kal. Decemb. Sirmii AA. Coss.

Diximus creditorem sic pignoris venditi dominium transferre, si etiam rem tradat emptori. Quid fiet, si debitor pignus possideat, quod ob eam caussam creditor tradere non possit? Rescripti hujus sententia est, creditorem jus habendi pignoris consecuturum; sed rationem obtinendi esse per præsidem. Quod eo dicitur, ut intelligatur creditorem sua auctoritate possessionem pignoris occupare non posse, de quo in L. 3. *sup. de pig.* ubi diximus. Sed verba rescripti expendenda sunt. Ait, *præsidem jussurum fieri creditori facultatem distrahendi.* Non recte hoc responsum dixerit aliquis, atque ideo hæc facultas creditori fieri non potest. Oportet enim id ei tribui sententia præsidis, quod ipse prius non habuit: quod actor habet, id sententia judicis nulli tribuitur, L. *sicut*, §. *sed si quæritur*, D. *si ser. vind.* L. *unica*, *infr. de thes. lib.* 10. At constat creditorem facultatem distrahendi pignoris jure publico habere, L. *si cessante supr. eod.* Et hæc omnia vera sunt, si facultatem distrahendi pignoris hoc loco intelligimus nudam et simplicem facultatem. Sed facultatem distrahendi hic intelligere debemus, facultatem cum effectu, ut sit sensus: præsidem jussurum rem, quæ a debitore detinetur, restitui creditori, ut cum ille acceperit, tum deinde possit vendere, et ex venditionis caussa tradere, ut sic venditio ad effectum perducatur.

Ad L. obligatis. 15.

Iidem AA. et CC. Avianæ.

Obligatis pignori mancipiis a creditore distractis, ac traditis: si post debitor quondam hæc solicitaverit, non venditori, sed emptori contra possidentem, in rem competit actio. Dat. Kalend. Mart. Sirmii. CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pignore a creditore distracto, non ipse, sed emptor rem persequendi jus habet adversus possessorem.*

Si vendito pignore et tradito emptor dominus efficitur, ut effici supra dixi-
1 mus: fit eodem tempore, ut † et creditor actionem hypothecariam, quam prius habuit, amittat, quia pignus solutione debiti liberatum est, et simul emptor actionem in rem nanciscatur, quæ domino competit, L. *in rem*, D. *de rei vind.* Id si ita est, apparet verum esse, quod hic traditur, si emptor ejus rei a creditore emptæ possessione exciderit, non creditori actionem in rem competere ejus rei persequendæ caussa, quam habere desierit; sed emptori, qui priore traditione dominus sit effectus: quod fit in specie proposita, cum creditor servos sibi pignori obligatos vendidit, et emptori tradidit, et hi postea a debitore solicitati ad eum redierunt, vel ad alium, ut jam de iis revocandis agatur.

Ad L. Unus ex multis. 16.

Vide L. 1. *inf. de luitione pign.* et L. 1. *inf. si unus ex plur. her. credit.*

Ad L.

Ad L. Rei creditor. 17.

Iidem AA. et CC. Agapæ.

Rei creditor obligatæ generali sive speciali conventione, per creditorem alium, cui non fuerat nexa, venundatæ, non amittit persecutionem. Dat. prid. Non April. CC. Coss.

SI debitor, idemque dominus rei pignoratæ alienando pignus, eo facto creditori non nocet, quo minus pignoris persecutionem salvam habeat, ut prius: multo minus nocebit ejus venditio, aut alienatio, qui nec dominus fuit, nec rem pignori habuit. Vide *L. debitorem*, *sup. de pig.*

Ad L. Qui a creditore. 18.

Iidem AA. et CC. Cajano.

Qui a creditore pignori obligatum prædium jure emit, de proprietate vinci non potest. S. VI. Kal. Maii, CC. Coss.

SI emptor pignore a creditore tradito ejus rei dominus est, ut sæpe jam diximus: efficitur eum de proprietate ejus rei a nullo vinci posse, sive agat, sive de ea re conveniatur. Non posse vinci si agat: quia ut dominus habet actionem in rem ad eam persequendam, cujus exitus hic est, ut res actori restituatur, L. *officium*, *D. de rei vind.* Quod si conveniatur, multo magis exceptionem habebit ad rem retinendam, qui ad eam persequendam actionem habuit, juxta regulam juris L. *invitus*, §. 1. D. *de verb. sign.*

Ad L. Si maritus. 19.

Iidem. AA. et CC. Libiæ.

Si maritus tuus mutuam (licet tuam) dedit pecuniam: eorum, quæ pignoris titulo accepit, si ei non successisti, distrahendi nomine tuo nullam habes facultatem. VI. Idus Novem. Heracliæ, AA. Coss.

QUI pecuniam alienam mutuo dat suo nomine, et pignus in eam caussam accipit, is pignus domino pecuniæ non acquirit, sed aut sibi, aut nulli, de quo diximus ad L. *etsi frater*: ubi eadem sententia est, *sup. de pig.* Id si ita est, apparet, dominium ejus pecuniæ pignus in eam caussam constitutum vendere non posse, quia is pignus non habuit, nisi creditori successerit.

Ad L. Ult.

Iidem AA. et CC. Sabino.

Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore majore quam ei debebatur, pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, idest, pignoratitia de superfluo competit actio. S. VI. Idus Novemb. Byzantii CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pignore pluris vendito, quam debetur, rem ex pecunia superflua a creditore emptam esse creditoris, nec dubitari restitui debere.*

Creditor si pluris vendat pignus, quam ei debetur, debitor ad concurrentem usque quantitatem debiti liberatur, L. *rescriptum*, §. 1. D. *eod.* de residuo potest adversus creditorem experiri, ut hic dicitur, idem in L. *ult. infr. si vend. pig. agat.*

1 Quid, † si ex ea pecunia superflua creditor rem aliquam emit; utrum de ea restituenda debitor agere potest, uti posset de ea pecunia agere, ex qua res empta est? Et significatur hoc rescripto non posse, quod et recte constituitur. Nam aut erit debitori de ea re empta in rem actio, aut in personam. In rem esse non potest; quoniam debitori ea res quæsita non est, sed creditori, in quem dominus rem translatam voluit, §. *per traditionem*, *Inst. de. rer. divis.* In personam, idest, pignoratitia non erit: quia hæc de superfluo, non de re inde empta competit. Imo contra, objiciet aliquis: traditur enim in L. *rescriptum*, §. 1. D. *eod.* quidquid ex occasione pignoris ad creditorem pervenit, id debitoris utilitati et commodo cedere debere. Dicendum est in proposito, solam pecuniam, quæ ex venditione pignoris a creditore percepta est, ex occasione pignoris ad creditorem pervenisse. Res ex ea pecunia empta non percipitur ex occasione pignoris, sed ex creditoris negatione, arg. in L. *venditor ex hereditate*, in illis verbis, *pretium enim*, D. de hered. vel act. vend. Objicitur etiam, quod traditur in L. *quamvis*, §. *ult.* D. *de pign. act.* si creditor pignus pluris vendiderit, quam debetur, debitorem non solum agere posse de superflua pecunia, sed etiam de usuris, quas ex usu ejus pecuniæ creditor perceperit. Quo exemplo videtur idem quoque de cæteris rebus statuendum, quæ ex ea pecunia paratæ sunt. Sed dissimilis istarum rerum caussa est: usuras dico pecuniæ, et res ex ea pecunia emptas. Usuræ ideo cum ea pecunia restituendæ sunt debitori; quia usuræ sunt fructus pecuniæ, L. *usuræ vicem*, *D. de usur.* Constat autem fructus ex re pignorata perceptos aut debitum extenuare, aut una cum re esse restituendos, L. 1. L. 2. *supr. de pig. act.* At res ex ea pecunia emptæ non sunt ejus pecuniæ fructus; sed pretium industriæ et negotiationis creditoris.

AD TITU-

AD TITULUM XXIX.

COD. DEBITOREM VENDITIONEM PIGNORIS IMPEDIRE NON POSSE.

EFfectum est supra, creditorem jure suo pignus distrahere posse, L. *si cessante*, *supr. prox. tit.* Hoc si ita est, sequitur, quod hic dicitur, debitorem nulla obnuntiatione sua, aut prohibitione impedire posse, quo minus creditor recte vendat, et qui emit, emat bona fide; alioqui liceret debitori conditionem creditoris sui facere deteriorem; quod nulli conceditur, L. *solvendo*, *D. de negot. gest.* L. *non debet alteri, D. de reg. jur.*

AD TITULUM XXX.

COD. SI VENDITO PIGNORE AGATUR.

Ad L. Præses. 1.

Imp. Alexander A. Agrippæ.

Præses provinciæ aditus si fuerit probatum, tuum creditorem cui jus distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse: quanti tua interest, restituere tibi eundem creditorem jubebit. Quod si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit, et probatum fuerit emptorem mala fide emisse: offerente te pecuniam cum usuris quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus malæ fidei emptorem jubebit. PP. Kal. Sept. Alex. A. Coss.

Ad L. Servos. 2.

Iidem. A. Æmilio.

Servos quos nullo jure a creditore venisse dicis, pater tuus vel tu, si hereditas ejus ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quod si usucapti sunt, petat pater tuus precium eorum a creditore, qui non jure eos vendidit. PP. III. Kalen. Januar. Alexander A. Coss.

Ad L. Si uxor. 3.

Idem A. Claudio.

Si uxor tua præsidi provinciæ probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris precii per gratiam aureis viginti creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse: jubebit emptores recepto precio restituere servos. PP. XVI. Kalend. Octobr. Maximo II. et Æliano Coss.

Ad L. Cum. 4.

Imp. Gordian. A. Eudemo.

Cum contra bonam fidem venditionem obligatæ possessionis a creditore factam alleges, non observatis quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, adito præside provinciæ experire actione competenti non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem eum participasse cum creditore docere potueris: ut revocatis quæ mala fide gesta constiterit, et fructuum ratio, et damni quod irrogatum apparuerit, haberi possit. PP. Kal. April. Sabino II. et Venusto Coss.

Ad L. Si Creditore. 5.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Noniæ.

Si creditore pignus priusquam ei satisfieret, distrahente non per collusionem emptor comparaverit: successor ejus de superfluo, non emptoris heres, qui rem possidet, conveniendus est. S. XVI. Kalend. Jan. Nicomediæ CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pignore jure vendito, nullam esse ejus emptionis revocationem.*
2. *Pignore contra conventionem vendito, jus suum debitori integrum manere in re sua, et actionem in personam esse adversus creditorem.*
3. *Pignore vendito non bona fide, quanvis ab eo creditore, qui jus vendendi habuit, ipsum creditorem teneri semper in id, quod debitoris interest: emptorem ad rem restituendam certis conditionibus: et quibus.*
4. *Mala fides emptoris in pignore emendo quid, et quomodo probetur. Per gratiam pignus vendere, quid,* ibidem.
5. *Adversus emptorem, qui mala fide emit pignus, non esse vindicationem pignoris, nisi excussus prius creditor repertus sit non solvendo.*
6. *Sed nec hunc emptorem teneri aliter vindicatione, quam si offeratur ei pretium, quanti pignus emit, cum usuris: et cur.*
7. *Adversus emptorem pignoris, qui mala fide emit, actionem esse suis conditionibus, non pignoratitiam, non ex edicto de rebus in fraudem alienatis, sed* in rem, *beneficio restitutionis in integrum, et ex qua caussa.*

Quæstio est, si creditor pignus vendiderit, utrum debitor possit agere adversus creditorem de pretio pignoris, an adversus emptorem rei recuperandæ caussa. De quo ita statuendum est ex sententia eorum, quæ diximus ad L. 4. *et seq. supr. de distr.*
1 *pig.* Si † creditor jus distrahendi habuit, et bona fide distraxit, idest, observatis iis, quæ in pignoribus distrahendis observari solent: ita rata est venditio, ut debitor neque adversus creditorem agere possit de pretio, quanvis rem non justo pretio vendiderit, neque agere adversus emptorem, ut rem ab eo avocet. Sed non semper creditor, cui pignus datum est, jus vendendi habet, quod tunc accidit, cum convenit, ut creditori distrahere non liceret, L. 4. *D. de pig. act.* Fieri etiam potest, ut qui jure suo distraxit, mala fide et fraudulenter distraxerit. In quibus caussis vendito pignore debitor experiri potest quæ summa est hujus tituli. In quo de his rebus ita statuitur. Interest plurimum, utrum creditor qui pignus vendit, jus vendendi non habeat, an cum habet, mala fide vendat. Si † jus vendendi non habet, 2
idest, si refragante conventione vendidit, nulla est venditio. Quo fit, ut debitor non tantum adversus emptorem, sed etiam adversus quenvis possessorem actionem in rem habeat, quæ omnibus dominis competit, L. *in rem*, *D. de rei vind.* Nam hæc superiore venditione non est exstincta. Et hoc, quandiu res a possessore usucapta non erit. Adversus creditorem autem semper actionem habet de pretio rei venditæ. Ea est autem actio pignoratitia in hoc, ut vel res pi-

pignori data restituatur, vel saltem æstimatio: hæc sententia L. 2. *h. t.* Quod † si cre-
3 ditor jus vendendi pignoris habuit, sed vendidit dolo malo: hic semper vendito pignore adversus creditorem agi poterit, L. 1. *hic.* Diximus autem ad L. 4. *et seqq. supr. de distr. pig.* in hanc rem competere debitori pignoratitiam actionem: idque in id, quod sua interest. Hactenus autem interesse, si res minoris vendita sit, quam valet, hæc ex L. 1. *in pr. et* L. 3. *hic.* Adversus emptorem etiam hoc casu debitor agere potest: sed interdum, non semper. Non potest autem agere: nisi præter dolum creditoris hæc tria concurrant. Primum exigitur, ut et emptor ipse mala fide emerit, L. 1. *in fin. hic.* Ma-
4 la † fide, idest, quod dicitur in *L. ult.* per collusionem. Utrumque autem valet id, quod dicitur in L. *pen.* si emptor fraudis particeps fuerit. Duobus autem modis probabitur emptorem fraudis participem fuisse. Uno, si per gratiam creditor vendiderit, ut est in L. 3. *hic.* Per gratiam vendidisse intelligitur, qui aperte dixit rem pluris esse, quam venditur, sed se non pluris vendere, quam vendit, ut emptori gratificetur: petit autem, ut hanc gratiam ab emptore ineat: emptor contra sic accipit, et pollicetur se gratum fore. Altero modo id probatur, si emptor præmio creditorem corruperit, *L. qui fundum*, §. *procurator*, *D. pro empto.* Extra has species existimatur emptor bona fide emere, quantumvis rem minoris emat, quam valet: non est enim contra bonam fidem, rem quam minimo emere, dummodo sine fraude fiat, ut satis colligitur ex *d.* L. *qui fundum*, §. *procurator.*

5 Secundum † accedere oportet, ut creditor qui pignus vendidit, solvendo non sit, idque videlicet ita probetur, *L. in fin. L.* 3. *h. tit.* Id autem sic constabit, si debitor prius cum creditore egerit, et creditor erit condemnatus: deinde in exsecutione sententiæ excussis facultatibus creditoris reperiatur non habere, unde judicatis satisfiat. Hinc est, quod de condemnato prius creditore dicitur in *d.* L. 1. *vers. quod si hoc tit.* Non obstat huic sententiæ *L. pen.* in qua scriptum est, cum creditor pignus contra bonam fidem vendidit, emptore fraudem participante, posse debitorem competenti actione experiri vel adversus creditorem, vel adversus emptorem: neque exigitur circa emptorem, ut prius constet creditorem solvendo non esse. Non exigitur hoc quidem, sed tamen et intervenire debere non negatur. Proinde in dubio relictum, ex aliis locis interpretandum est. Hæc autem conditio exprimitur in L. 1. *et* L. 3. *hic.* Dicemus etiam commodissime hoc modo: conditionem hanc, ut creditor solvendo non sit, satis exprimi in *L. pen. hic*, cum dicitur, adversus emptorem agi posse competenti actione. Non est actio adversus emptorem competens, nisi prius constiterit creditorem solvendo non esse, *d.* L. 1. *et* L. 2.

Tertium † etiam et postremum exigitur, 6
cum debitor vendito pignore adversus emptorem agit, ut emptori pretium cum usuris offerat, quanti scilicet pignus venditum est, *d.* L. 1. *in fin. et L.* 3. *hic.* Quod merito exigitur a debitore, quanvis domino: versum est enim hoc pretium in utilitatem ejus, utpote solutum creditori: quo accepto, debitor eodem tempore liberatur: compensatur enim hoc pretium cum debito, L. *ult. infr. tit. prox.* Iniquum est, debitorem ea emptione liberari, et nihilominus non oblato pretio rem suam repetere: ubi scilicet contra bonam fidem bis idem exigat: quod vetat regula juris, L. *bona fides*, *D. de reg. jur.* Inde placuit in proposito debitori ab emptore rem suam repetenti obstare exceptionem doli mali, nisi pretium, quo liberatus est, emptori offerat, L. *emptor*, *D. de rei vind.* Quod si proponeremus ex ea venditione, qua res aliena vendita est, pretium in utilitatem domini conversum non esse: certi juris est, dominium a quovis possessore, etiam bonæ fidei, rem suam repetere posse, quanvis non oblato pretio, quanti possessor emit, ne alienum factum domino noceat, *L.* 3. *sup. de rei vind. L.* 2. *sup. de fur. L.* 1. *sup. de præscript.* 30. *an.*

Sed † his omnibus rescriptis, quibus ven- 7
ditio pignore debitori actio adversus emptorem datur supra scriptis conditionibus, non exprimitur, quæ debitori in eam rem actio competat: cum tamen permagni referat id nosse. De eo sic habendum est. Non potest in eam rem debitori esse actio pignoratia: hæc enim inter debitorem et creditorem solum nascitur ex contractu et negotio gesto, §. *ult. Instit. quib. mod. re cont. obl.*

Debitor cum emptore pignoris nihil contraxit, ubi debitor pignus non vendidit. Vulgo putant esse actionem utilem ex edicto fraudatorio, id est, ex edicto, quod est de iis rebus, quæ in fraudem creditoris alienatæ sunt, sed id non probant. Quinimo verba ejus edicti aperte refragantur; sed et ratio edicti. Edictum illud est de iis rebus, quas debitores ipsi alienant: hic agimus de iis, quas creditores alienant in fraudem debito

bitorum. Rebus a debitore alienatis, necesse fuit actionem creditori proponere ad eas res revocandas, quoniam debitor dominus fuit: unde et jure suo alienavit. Creditores domini non sunt, ut possint actione in rem de illis rebus experiri. At cum creditor dolo malo pignus vendit, et emptor item emit dolo malo, non fuit necesse novam actionem debitori proponere: cum venditio jure non valuerit omni ex parte, eoque et debitor dominus manserit, ut prius. Superest igitur, ut debitori adversus emptorem ex hac caussa sit actio in rem, ea, quæ dominis competit rem suam a possessore vindicantibus. Sed etiam atque etiam notandum est, hanc actionem utilem esse, et quæ in integrum restitutione impetrata restituatur debitori, quod probatur L. 2. *supr. de præd. min.* Nam etiam tunc, cum res minoris viginti quinque annis a creditore vendita est dolo malo emptore fraudem participante: illic scriptum est, non aliter consuli minori adversus emptorem, quam beneficio restitutionis in integrum secundum edicti formam, ubi edictum intelligitur de minoribus. Si minoribus in hanc caussam non aliud remedium competit, quam in integrum restitutio: multo minus aliud competet majoribus. Restituentur igitur in hac caussa debitores, qui majores sunt. Restituentur autem ex edicto, quod est de iis caussis, ex quibus majores in integrum restituuntur, ex illa clausula edicti: *Item si qua alia mihi justa caussa videbitur, in integrum restituam.* L. 1. in fin. L. *sed etsi* §. *ult. D. ex quib. cau. major.* Ex eo intelligimus, debitorem vendito pignore a creditore qui jus vendendi habuit, debere adversus emptorem petere in integrum restitutionem intra quatuor annos: his exactis, amplius adversus emptorem, quanvis sit malæ fidei, agere non posse. Est enim hoc tempus integrum restitutioni præstitutum, L. *ult. supr. de temp. in integ. restit.* Hæc omnia ita sunt, si creditor in pignore vendendo nihil convenit de re vendita restituenda. Quod si convenerit, ut vel sibi res restitueretur oblato pretio, vel restitueretur debitori: in utroque conventio servanda est, ut creditori quidem vel actio ex vendito competat, vel actio præscriptis verbis; debitori autem competat rei vindicatio, ut veteri domino; aut certe actio in factum, id est, actio in rem utilis, quæ magis superiori conventione confirmatur, quam summo jure ex dominio ejus nascatur. Hæc sententia est L. *si cum venderet, D. de pig. act.* Cujus rationem si quis requirit, quando ea sententia a regulis juris, quæ sunt de iis, qui paciscuntur aliis, et de dominiis transferendis, videri potest alienior, licebit sumere ex methodo de pignoribus, Cap. *quibus modis pig. vel hyp. solvitur*, ubi hunc locum diligentius sum executus.

AD TI-

AD TITULUM XXXI.

COD. DE LUITIONE PIGNORIS.

Ad L. ult.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Flor.

Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis sive distractis, et compensato pretio satis ei contra quem supplicas, factum esse adito præside provinciæ probaveris: vel si quod residuum debetur, obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum: restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum etiam edicto perpetuo actione proposita pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit quominus solveretur: ad reddenda ea, quæ pignori acceperat, jure eum satis evidenter urgeri, manifestum. S. VI. Id. Octob. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Luere pignus idem ac liberare; et unde ita dictum.*
2. *Lui pignus solutione, et si quæ solutionis vicem habent.*
3. *Lui satisfactione: quid sit satisfacere, et quia inter solutionem et satisfactionem intersit ad liberationem pignoris.*
4. *Pignoratitiam actionem nasci pignore liberato non aliter, nisi pecunia offeratur in judicio.*
5. *Parte debiti soluta nulla ex parte pignus liberari neque debitori, neque debitoris heredibus qui non solverunt: et hujus partis tum dubitatio, tum ratio.*

LUitio pignoris pars est ejus solutionis,
1 qua pignus liberatur. Luere † pignus est, pignus solutione vel satisfactione liberare: quasi dicas abstergere et delere pignus, seu nexum et obligationem pignoris: metaphora ducta a lotione, qua maculæ, quæ alicui rei inhærent, obluuntur et absterguntur. Est enim luere lavare, verbum a Græcis ductum, Illis enim λούω est lavo: ac luere idem esse Latinis, quod lavare composita declarant, abluo, eluo, diluo, et similia. Quomodo luatur pignus, comprehensum est in L. *ult. hoc tit.* Est autem hæc sententia.

2 Luitur † pignus, seu liberatur a debitore, si omnis pecunia, quæ debetur, soluta erit, aut eo nomine satisfactum creditori, L. *si rem*, §. *omnis*, *D. de pig. act.* L. *Item*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Solvitur pecunia, quæ numeratur et repræsentatur creditori, L. *solutam*, *D. de solut.* Solutionis vim habet compensatio, idest, cum creditor aliquid vicissim debet debitori, et debitor id vult apud creditorem esse pro solutione, L. 4. *sup. de compen.* In hoc numero est pretium, quod creditor ex distractione pignoris consecutus est, de quo in *d. L. ult. hic.* Est et pecuniæ obsignatio et depositio, de qua ibidem adjicitur. Nam pecuniam solum offerre creditori sine obsignatione et depositione, ad solutionem debiti et liberationem debitoris omnino nihil prodest, ut jam sæpe a nobis dictum est: traditur in L. *ult. sup. deb. vend. pig. imp. non poss.* L. *si prius*, *sup. de distr. pig.* L. *obsignatione*, *inf. de solut.* L. *acceptam*, *sup. de usur.*

Satisfacere † est, creditorem pro eo quod 3
ei debetur, contentum reddere, L. 1. *D. qui satisd. cog.* Id fit, cum creditor debitore pro eo quod debetur, aliud solvente vel præstante, se ea re pro debito contentum esse ostendit, huc pertinet dicta *L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pign. act.* dicta L. *item*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Solutio debitorem etiam invito creditore liberat. Satisfactio non nisi volente creditore, cum scilicet ille satisfactionem admisit, *d.* L. *item.* Nec obstat, quod dicitur satisfactionem pro solutione esse, *L. satisfactio*, *D. de solut.* Sic enim pro solutione est, si modo prius sit satisfactio. Non est autem satisfactio, nisi quæ a volente creditore admissa est: cum definiamus satisfacere esse, creditorem conten-

tentum reddere: non enim contentus redditur quisquam invitus, sed volens.

4 Pignore ita liberato, tum † demum ex edicto nascitur debitori pignoratitia actio ad pignus repetendum, ut adjectum est in *d. L. ult. hic*: idem in *d.* L. *si rem*, §. *omnis*, D. *de pign. act.* Sed hic notandum est, quod dicitur oblatione sola pecuniæ pignus non liberari, eoque nec competere pignoratitiam actionem, sic esse accipiendum: nisi in judicio pecunia offeratur: sic enim pecunia oblata, pignoratitia actio tenebit creditorem, quasi conditione impleta, sub qua actio proposita est, de quo diximus ad *L. si residuum*, *sup. dist. pig.*

5 Illud † manebit, quæcunque hic solutio, aut oblatio ad liberationem pignoris satis futura sit, semper oportere totam pecuniam offerri, quæ debetur, vel totius ejus pecuniæ nomine satisfieri. Quod si parte debiti soluta adhuc aliquid ex debito superest, in id quod reliquum est, quanvis minimum, totum pignus obligatum manet, ut prius: ea lege, ut creditor non tantum possit totum pignus a possessore persequi, sed etiam totum pignus vendere: pertinetque hæc sententia non tantum ad debitorem, de quo comprehensum est in L. *quanvis*, *sup. de distr. pig.* sed etiam ad deditoris heredes, de quibus hic scriptum est in L. 1. idem in L. 1. *supr. de distr. pig.* Sed est in persona heredum dubitatio major. Nam cum debitor partem solvit, et adhuc aliquid reliquum est, non est mirum, si pro ea parte dicimus nihilominus totum pignus obligatum manere: sibi enim imputare debet, qui totum non solvit, cum totum deberet et præterea cum totum pignus pro minima summa obligatum tenetur, nulli alii fit injuria, quoniam res tota est debitoris. At horum utrumque cessat in persona heredum. Nam si proponas debitorem centum debuisse, et obligasse in eam summam fundum Tusculanum, deinde decessisse duobus heredibus relictis pro æquis portionibus: dividitur obligatio inter heredes pro portionibus hereditariis ita, ut singuli quinquaginta solum bebeant, quibus solutis pro ea parte in totum liberantur. L. *ea quæ*, *supr. fam. ercisc.* L. *pacto successorem*, *supr. de pact.* L. 2. *sup. de act. hered.* Quod cum ita sit: iniquum videtur exigere ab uno, ut solidum solvat, quo ejus pars in pignore liberetur, cum ipse partem solum, non solidum debuerit. Iniquum præterea totum fundum adhuc teneri in eam partem coheredis, quæ soluta non est: quia non possit is fundus in eam partem teneri, quin pars aliena pignori obligetur, idest, pars, quæ est ejus coheredis, qui jam solvit: constat autem res hereditarias inter heredes dividi, et solidas ab uno ex heredibus pignori obligari non posse, *L. unica, sup. si com. res pig. dat. sit.* Hinc dubitandi caussa in heredibus: valde enim consentaneum videtur, ut iis rationibus cessantibus, quæ sunt in debitore, non idem jus in heredibus ejus statuamus, quod in debitore, argum. in L. *quod dictum*, *D. de pact.* Sed nihil hic proponitur, cur non idem jus in heredibus retinendum sit in proposito, quod in debitore fuit: cum et in his eadem caussa et ratio sit totius pignoris retinendi pro ea parte, quæ soluta non est. Nam cum debitor adhuc partem ex sorte debet, non idcirco totum pignus obligatum manet, quia debitor prius totum debuerit, aut quia res pignori obligata in solidum sit debitoris: sed quia ab initio in solidam summam, quæ debebatur, pignus obligavit ea lege, ut non liberaretur, nisi pecunia soluta esset. Hæc conditio pignoris etiam manet in heredibus, quamdiu non omnes solidum quod debetur, solverint. Quare et in his jus idem retinendum est: non enim ex persona heredum immutatur conditio obligationis, L. 2. §. *ex his*, *D. de verbor. oblig.* *L.* 2. *D. de pret. stip.* *L. cui fundus*, *D. de eod. et demon.* Nihil ad rem pertinet, si quis dicat fieri non posse, quin personali obligatione summota in persona unius heredis qui partem suam solvit, iniquum sit, et contra naturam, ut res pro ea parte amplius pignori obligetur, L. *in omnibus speciebus*, D. *de solut.* nam et hic idem respondebimus, quod in L. *quanvis*, *sup. de distr. pig.* Fatebimur nimirum hoc ita esse: sed nihilominus verum est, adhuc totum pignus obligatum manere: est enim obligatum pro ea parte, quæ soluta non est, non pro ea, quæ soluta est. Sed illuc redeo, quod initio posuimus: si tota pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum creditori: et generaliter, si quo modo actio principalis summota est, pignus in totum exstingui. Cui sententiæ cum videatur ex diametro adversari L. 2. *hic*, in eam pluribus inquirendum videtur.

Ad L.

Ad L. Intelligere debes.

Imp. Gordianus A. Domino.

Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. PP. XII. Kal. Jun. Sabino, et Venusto Coss.

SUMMARIA.

1. *Falsum*, Personali actione summota vincula pignoris durare, *ut est lectio vulgata, sed legendum* non durare, *multis argumentis evidenter demonstratur.*
2. *Hæc verba*, intelligere debes, perspicis, intelligis, *et similia usurpari solita de iis rebus, de quibus non debuit dubitari.*
3. *Personali actione seu ipso jure, seu per exceptionem perpetuam quamlibet sublata pignus extingui, sine exceptione verum esse.*
4. *Etiam per præscriptionem triginta annorum actione personali summota, pignus solvi.*
5. *Uno ex heredibus debitoris solvente, eatenus tolli personalem actionem, sed et pignus: et nihilominus verum esse in totum pignus manere, quia manet pro ea parte, quæ soluta non est.*

VErba sunt hæc, *intelligere debes vincula pignoris durare, personali actio-*
1 *ne submota.* Non † dubito, quin hic locus corruptus sit, et contra ita legendum: *vincula pignoris non durare personali actione submota.* Moveor his rebus. Primum sententia affirmative hoc loco scripta aperte falsa est, sive in universum actione personali submota pignus exstinguatur, sive exstinguatur, ut plurimum, interdum autem duret. Nam ad refellendam generalem aliquam orationem satis est ostendere, eam in una aliqua parte falsam esse, ut falsa in totum probetur: quod a Dialecticis sumptum Julianus usurpavit in L. *si is, qui*, §. *utrum.* illic, *quia cum significatio, D.* de reb. dub. Multo magis si fere in omnibus partibus falsa sit, in una autem aliqua vera, qualem esse hanc sententiam necesse est omnium interpretum confessione: etiamsi concesserimus interdum pignus durare personali actione submota. Nam hoc convenit inter omnes, si actio personalis ipso jure submota sit, pignus non durare, ut mox dicemus pluribus. Sed etsi submota sit per exceptionem, certum est regulariter pignus exstingui. Quod si hoc casu duret pignus, concedunt tamen id fieri, ubi actio personalis submovetur præscriptione triginta annorum, aut cum unus ex pluribus partem suam solvit: qui sunt duo casus ex innumerabilibus, in quibus solis omnium confessione personali actione sublata pignus non exstinguitur. Ex quo intelligimus aperte falsam futuram hanc sententiam, si generaliter et sine exceptione definiemus, personali actione sublata pignus durare. Cum sententia per se talis est, idest falsa, si affirmative legitur: tum vero neque hoc sensisse Gordianum Imperatorem, neque affirmative scripsisse facile probari potest, et ex verbis hujus loci, et ex consuetudine respondendi Imperatorem, ac jura constituentium.

Ex verbis sic colligitur: nam † hæc ver- 2
ba; *intelligere debes*, quibus Imperatores in rescriptis uti consueverunt, adhiberi solent ad eas res, quæ sunt juris certi et manifesti, quæque sine exceptione recte in universum definiuntur. Sunt enim verba increpantium, quasi dicerent: non debuisti me hac de re consulere, cum intelligere debueris jus ita se habere, veluti cum ita respondent: intelligere debes ex pacto actionem non nasci. L. *cum proponas*, 21. *supr. de pact.* item intelligere debes donationem a marito tuo factam contraria ejus voluntate revocari, L. *si maritus, supr. de don. int. vir. et uxor.* Simile est, cum respondent, perspicis, intelligis jus ita esse, L. *si actionem, supr. de pact.* L. *cum proponas*, 17. *supr, de transact.* L. *cum dotem, supr. de jur. do.* At personali actione submota si debitor consulit, utrum pignus extinctum sit, an duret, et putet non extinctum: non debuit increpari, neque debuit ei dici, intelligere debes pignus durare, cum regula juris communis sit in contrariam sententiam.

Præterea usus respondendi Imperatorum lectionem affirmativam repudiat: nam jura non constituuntur ex iis, quæ forte uno aliquo casu accidunt. L. 4. *et seq. D. de legib.* At secundum sententiam eorum, qui putant adhuc pignus durare, uno aliquo casu

su accidit, ut pignus duret personali actione submota. Non debemus igitur existimare jus hoc generaliter de eo casu esse constitutum. Huc accedit, quod cum aliquid simpliciter verum non est, sed tantum sub conditione, si illud, aut illud factum sit: nunquam Imperatores respondere generaliter solent, sed sub conditione, quam præmittunt, ut patet ex L. *ut responsum*, *supr. de transact.* L. *precibus*, *supr. de impub. et aliis subst.* quare et in hac constitutione, cum omnium consensu non sit verum, actione personali submota pignus durare, nisi sub distinctione: intelligi debet de eo Imperatorem non sensisse, qui sine distinctione respondit. Quapropter cum neque hæc sententia affirmativa vera sit, quocunque modo eam cum aliis interpretabimur, neque verbis Imperatoris conveniat, neque sit ex consuetudine loquendi Imperatorum: dubitare non debemus: quin ita Gordianus non scripserit, sed scripserit hoc modo, *Intelligere debes vincula pignoris non durare personali actione submota.* Et recte: nam hoc ita generaliter rectissime definitur secundum omnium sententias, et est certi juris definitio: ut merito de eo dubitanti dici debuerit: intelligere debuisti id, quod est manifesti juris, actione personali submota pignus non durare.

3 Sed † ne quis scrupulus nobis restet, doceo sine exceptione verum esse, personali actione submota pignus semper exstingui, neque durare. Quod si verum est: de sententia, quam posuimus, dubitari nullo modo potest. Id autem primum hoc argumento recte colligitur.

Personalis actio submovetur aut jure ipso, aut per exceptionem. L. 5. *supr. de pact.*

Jure ipso, iis modis, quibus obligatio jure tollitur, de quibus modis agitur titul. *Inst. quibus mod. toll. obligat.*

Per exceptionem, cum id factum intervenit, quo jure civili non tollitur obligatio, sed tamen eo interveniente non est æquum debitorem teneri: veluti si creditor cum debitore pactus sit, ne ab eo petat; si debitor sententia judicis absolutus sit, cum pecunia ab eo peteretur; si deferente creditore juraverit se non debere: ex quibus factis nascuntur debitori adversus creditorem exceptiones pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi: de quibus et similibus agitur tit. *Inst. de except.* At quocunque modo ex his actio personalis submota sit, pignus tollitur. Si submota sit ipso jure: omnes concedunt pignus exstingui, L. *item*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* L. *in omnib. speciebus*, *D. de solut.* Sed etsi submoveatur per exceptionem pacti, jurisjurandi, rei judicatæ, etiam pignus exstingui constat, L. *solvitur*, *in prin. et fin.* L. *antepen. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Quinimmo si actione personali ipso jure submota pignus perimitur, recte colligitur hoc ipso etiam perimi, etsi actio personalis per exceptionem submota erit: quoniam nihil interest, utrum quis actionem ipso jure non habeat, an etiam habeat, quæ per exceptionem infirmetur, L. *nihil interest*, D. *de reg. jur.* Neque plures sunt modi, quibus actio personalis sumoveatur. Quare quocunque modo ea submota erit, pignus non durabit. Et vero nec potest, id quod rursum ex natura pignoris certo efficitur. Nam pignus est res pro debito obligata, §. *item Serviana*, *Inst. de act.* L. *res hypothecæ*, *D. de pig.* Proinde ubi nullum debitum est, ibi nec pignus potest intelligi. Jam vero nullum debitum est, ne tunc quidem, cum actio personalis per exceptionem perpetuam removetur. Ergo ne tunc quidem pignus consistet. Nullum debitum esse, ubi actio personalis per exceptionem perpetuam submovetur, hæc liquido probant. Debitor is intelligitur, a quo invito pecunia exigi potest L. *debitor*, *D. de verb. sign.* Non potest autem ab invito exigi, cum exceptione perpetua tutus est. Quapropter hac exceptione tutus nihil debere intelligitur. Idem declarat definitio creditoris in L. *creditores*, L. *creditor autem*, *D. de verb. sign.* In quibus non alius dicitur esse creditor, idest is, cui aliquid debetur, quam qui exceptionem perpetuam non metuit. Item qui exceptionem perpetuam habet, si per errorem solvit, repetit L. *qui exceptionem*, *D. de cond. indeb.* Item qui exceptionem perpetuam habet, si id constituit, de quo exceptionem habet, non tenetur ex constituto: nempe quia non debitum constituit, L. 3. §. 1. *D. de const. pec.* Relinquitur igitur illud, ut actione personali submota, quanvis per exceptionem pignus durare non possit, quia non possit dici res esse pro debito obligata, ubi nullum debitum esse constitit. Hinc dictum est, pignus esse accessionem principalis obligationis, L. *in omnibus*, D. *de solut.* Porro certi juris est, cum principalis caussa non consistit, nec accessionibus locum esse, L. *cum principalis*, D. *de reg. jur.* quam definitionem etiam ad pignus pertinere scimus ex *d.* L. *in omnibus.* Non infirmant hanc sententiam ea, quæ ab interpretibus adferri solent, ut probent, in his saltem actione personali submota pignus durare. Vulgo † receptum est id accidere, 4

cum

cum actio personalis submota est præscriptione triginta annorum. Nam in hac specie constitutum est, nihilominus hypothecariam actionem durare post triginta annos usque ad annos quadraginta, si cum debitore, aut heredibus ejus agitur. Non potest autem post triginta annos agi hypothecaria de pignore, nisi post triginta annos pignus duret. Durat igitur et post triginta annos pignus: proinde et post exceptionem debitori quæsitam. Sed exemplum ad rem nihil pertinet. Intelligere enim debemus post triginta annos sic durare hypotecariam et pignus, ut simul etiam duret actio personalis: quod fit, ubi prius ea actum est, aut interposita saltem per exsecutorem conventio, aut debitor secunda cautione debitum agnovit: quibus modis interrumpitur præscriptio temporis, et fit actio personalis exinde perpetua ad annos usque quadraginta, L. *sicut*, illic, *nec sufficiat*, L. *cum notissimi*, §. *sed etsi quis*, L. *ult. supr. de præs.* 30. *vel* 40. *ann.* Idque ex eo intelligimus, quod quoties aliquid concedi non potest, nisi prius aliud concedatur, posteriore concesso etiam prius constitui et concedi placet, L. 2. D. *de jurisdict.* Non potest autem hypothecaria actio durare post triginta annos, nisi etiam actio personalis post illud tempus maneat: ut sit videlicet debitum pro quo de pignore agitur. Quare etiam hoc casu ut hypothecaria agi possit, hoc constitui intelligendum est, ut ne personalis actio submota sit, sed ante facta sit perpetua. Alii malunt hanc sententiam aptari ad duos heredes debitoris, qui sub pignore debuit. Nam si unus ex his heredibus partem solverit, in totum pro ea parte submovetur actio personalis. Atqui nihilominus pignus durat, L. 1. *supr. hoc tit.* Sed hoc exemplum multo minus convenit. Nam pro parte quidem ejus, qui non solvit, pignus manet: sed pro ea etiam parte actio submota non est. Pro ea autem parte, quæ soluta est, verum est, actionem personalem submotam esse. Sed nihilominus et hoc verum est, pignus pro ea parte exstinctum esse, ut supra docuimus. Ex quo apparet, in hoc exemplo quatenus actio personalis submota est, eatenus etiam pignus non teneri: quatenus autem pignus durat, eatenus durare, quatenus pars soluta non est. Quo exemplo magis sententia a nobis posita confirmatur.

AD TITU-

AD TITULUM XXXII.

COD. SI UNUS EX PLURIBUS HEREDIBUS CREDITORIS, VEL DEBITORIS PARTEM SUAM DEBITI SOLVERIT, VEL ACCEPERIT.

Ad L. Manifesti. 1.

Impp. Valerianus et Gallienus AA. Tauro.

Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege 12. tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri. Dat. XII. Kal. Maii, ipsis AA. II. et IV. Coss.

Ad L. Actio. 2.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Claudiæ.

Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita, scinditur: pignoris autem jure multis obligatis rebus, quas diversi possident: cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant. Sub. scrip. V. Non. Antiochiæ.

SUMMARIA.

1. *Singulis heredibus creditoris partem solum deberi: pignus autem pro ea parte in solidum teneri, et vendi posse.*
2. *Singulos heredes debitoris partem debere: hypothecaria autem non teneri, si non possideant: si possideant, teneri in solidum.*

QUod dictum est in L. 1. *superiore tit.* unum ex pluribus heredibus debitoris pro parte hereditaria solvendo nulla ex parte liberare pignus, quæstionem attulit, quæ hoc titulo explicatur, Quatenus in universum heredes tum creditoris, tum debitoris in pignus succedant, seu quatenus singuli agant, aut conveniantur. Exemplum personalis actionis facere videbatur, ut hypothecaria actio inter plures heredes scindatur pro portionibus hereditariis. Nam hoc modo inter plures heredes dividitur actio personalis de eo quod debetur; idque tam inter heredes creditoris, de quibus jus statuitur in L. 1. *hic*, *et* L. *heredes*, §. *an ea*, D. *fam. ercis.* quam inter plures heredes debitoris, de quibus in L. *ult. hic*, L. *pacto successorum*, *supr. de pact.* L. 2. *sup. de hered. act.* L. 1. *inf. de except.* Sed placuit aliam conditionem esse hypothecariæ actionis de qua his rescriptis duobus statuitur. Ac † de heredibus creditoris hæc sententia est L. 1. personalem actionem inter heredes creditoris ita dividi pro portionibus hereditariis, ut et singulis pars tantum hereditaria debeatur, et singuli pro ea tantum parte agant; at pignus singulis in solidum teneri pro ea parte, quæ singulis debetur: ut intelligamus et singulos actione hypothecaria in solidum agere posse, et singulos distrahendi pignoris jus habere. Cur hæc tam dissimiliter, cum constet, quæcunque res hereditariæ sunt a defuncto relictæ, non ultra heredes in eas succedere, quam quatenus heredes sunt? Id conditio earum obligationum facit, ex quibus nascuntur hæ actiones. Quod enim dicitur, actionem inter heredes dividi pro portionibus hereditariis ex lege duodecim tabularum, sic accipiendum est, si et possit dividi. Quod si non potest: ut creditori, sic et singulis 1
here-

heredibus creditoris solida petitio est, *d.* L. *hered.* §. *an ea fam. erc.* Quapropter inter eos personalis actio dividitur, quia ea actio est de pecunia debita, de fundo, et similibus rebus, quæ natura sua partis præstationem recipiunt, L. 2. §. 1. L. *stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, D. *de verb. oblig.* Hypothecaria actio inter heredes non dividitur, quia non potest: obstante non natura rei pignoratæ, quæ non minus dividi potest, sed lege et conditione obligationis: nam pignus sic obligatur, ut tandiu teneatur, donec omnis pecunia soluta erit, L. *si rem*, §. *omnis*, D. *de pig. actio.* Unde etsi debitor maximam debiti partem solverit, tamen in id, quod adhuc residuum est, solidum pignus tenetur creditori, *L. quandiu*, *sup. de distr. pign.* Proinde et singulis heredibus solidum tenebitur, quantumcunque id erit, quod ex obligatione principali his debebitur. Non enim ex persona heredum immutatur conditio obligationis, L. 2. §. *ex*
2 *his*, D. *de verb. oblig.* De heredibus † debitoris hæc sententia est, L. *ult. hic*, dividi inter eos personalem obligationem, ut singuli actione personali hereditaria pro portionibus hereditariis tantum teneantur: sic tamen, ut semper teneantur. Diversam esse caussam hypothecariæ actionis: hac actione neque eos semper teneri, neque in solidum, sed quatenus possideant res pignori obligatas; nam et defunctus, cui successerunt, isto modo teneretur. Hanc dissimilitudinem juris facit natura et conditio actionis hypothecariæ. Hæc in rem est, L. *pignoris*, *sup. de pign.* et ut explicatur in L. *ult.* rem pignoratam sequitur et propter rem ejus rei possessorem, idest, adversus eos solum competit, qui possident, aut dolo malo desierunt possidere. L. *si fundus*, §. *in vindicatione*, D. *de pign.* quæ conditio est omnium actionum in rem, L. *actionum*, D. *de obl. et act.* Hinc fit, ut si heres debitoris nullam rem pignori obligatam possidet, neque dolo malo desiit possidere, nullo modo teneatur hac actione. Contra autem, si quid possidebit, eatenus in solidum teneatur, non pro parte hereditaria, quia solidum pignus possidet, non partem. Quid ergo si unus ex heredibus, qui pignus totum possidet, offerat partem hereditariam ejus, quod debet? Nullo modo pignus liberat, L. 1. *sup. tit. prox.* L. *unus*, *sup. de distr. pig.* Quo fit, ut solidum pignus restituere debeat, nisi solidum, quod debetur, paratus sit solvere, ut in L. *ult.* dicitur. Neque quisquam dicat iniquum esse, cogi unum ex heredibus solidum solvere, cum partem tantum debuerit. Non cogitur id facere, si velit, est enim in ejus potestate pignus restituere, sed si pignus retinere vult, alterum facere cogitur: *d.* L. *si fundus*, §. *in vindicatione*, D. *de pign.* Quid, si heres velit creditori tantum solvere, quanti pignus valet? traditur in *d.* L. *ult.* ne sic quidem audiendum eum esse: hoc enim est, quod dicitur, teneri eum non pro modo singularum rerum substantiæ: quo significatur non teneri, quanti singulæ res substantia sua valent. Exempli gratia, centum debentur creditori, fundus in eam summam obligatus est. Defuncto debitore, unus ex heredibus possidet eum fundum, qui valet tantum sexaginta, dicimus nihil agere heredem, si ad retinendum hunc fundum illa sexaginta offerat. Nempe huc res redit, aut solidum quod debetur, solvere debet, aut fundo cedere, *L. si inter*, §. *ult.* D. *de pign.*

AD TI-

AD TITULUM XXXIII.

COD. SI PIGNORIS CONVENTIONEM NUMERATIO PECUNIÆ SECUTA NON FUERIT.

Ad L. Si pecuniam. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Illaro.

Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum ptobaturus es, in rem experiri potes. Nam intentio dati pignoris, neque redditæ pecuniæ, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere cœperit. PP. Kal. Sept. Laterano et Rufino Coss.

Ad L. Si 2.

Imp. Alexander A. Peregrino.

Si (ut tunc adseveras) nihil, creditor numeravit uxori tuæ quæ pignus dedit, sed inanem extorsit cautionem: mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari ejus res non potest. Sine die et consule.

SUMMARIA.

1. *Occasio tituli et sententia.*
2. *Chirographum appellatur cautio, et quare.*
3. *Debitori eidemque domino ad repetitionem pignoris duplicem actionem esse, in rem, et pignoratitiam, neque priore posteriorem impediri.*
4. *Condicere rem suam neminem posse, præterquam a fure, quomodo accipiendum.*
5. *In actione in rem quarum rerum intentio et probatio ab actore exigatur, et quomodo hæ probentur a debitore pignus a se datum repetente hac actione.*
6. Intentio dati pignoris et pecuniæ non redditæ non aliter tenet, quam si de fide debiti constiterit, *hoc quid sit in* L. 1.

1 NON † male subjicitur hic titulus proximis superioribus. Diximus sub titulo *de luitione pignoris*, pignus liberari, si debitor id luat: nempe id, quod debitum est, solvendo. Hujus tituli hæc sententia est, non esse tunc necesse pecuniam solvere et pignus luere, cum reus pecuniam non accepit: ideo si spe futuræ numerationis debitor cautionem emiserit, qua fateatur sibi decem mutua numerata esse, et pignus in eam summam dederit, si postea pecuniam non accepit, non impediri eum mendaci scriptura, quominus rem a se pignori datam sine alia
2 solutione pecuniæ repetat. Cautio † hic appellatur chirographum, ut alibi sæpe: quia chirographo adversus periculum inopiæ probationis creditori cavetur. L. *qui tabulas*, D. *de fur. L. emptor.* §. *ultim.* D. *de pact.* L. 3. L. *adversus*, et pene toto Tit. *sup. de non num. pec.* Significatur hæc sententia in L. *ult. hic.* Qua posita, hæc quæsita sunt. Primum, qua actione possit debitor pignus a se datum repetere.

Hic † scriptum est in L. 1. posse eum in rem experiri, idest, aut rem jure civili vindicare tanquam suam, aut vindicare prætorio jure Publiciana actione tanquam rem a se bona fide possessam, L. *in rem*, D. *de re vind.* §. *namque*, *Inst. de act.* Non est contrarium, quod legimus in L. *solutum*, §. 1. D. *de pign. act.* in hanc rem competere debitori pignoratitiam actionem. Nam utraque actio debitori in eam rem competit, licetque ei, utra velit, experiri: neque impeditur regula juris, † qua traditur neminem condicere rem suam posse, præterquam a fure, 4 idest:

idest, neminem de re sua in personam agere posse, præterquam cum fure, §. *sic itaque*, *Inst de act.* Hoc enim sic accipiendum est, si quis rem suam tanquam suam condicat: alioqui tanquam a se pignoratam, tanquam depositam, tanquam commodatam nemo prohibetur condicere: quia qui his modis condicit, non condicit tanquam suam, condiceret enim eo modo, etsi res aliena ab eo pignorata, commodata, deposita esset. Deinde quæsitum est, quid debitor in rem agendo intendere, et probare debeat. Hinc in L. 1. duo exiguntur dumtaxat: ut debitor dicat sibi pecuniam numeratam non esse, quam sibi numeratam scripsit, et præterea se pignus dedisse, sed de hoc posteriore solum probatio exigitur, et recte. Prius ideo non probat, quia negat, et factum negantis per rerum naturam nulla probatio est. *L. asservatio*, *sup. de non num. pecun.* L. *actor*, *sup. de probat.* Posterius probat, quia dicit et intendit; et quod quisque dicit, probare debet, *L. 2. L. in exceptionibus*, D. *de probat.*

5 Sed videamus, † ne huic responso adversetur natura actionis in rem. Nam hæc actio hic non competit, nisi domino, aut bonæ fidei possessori: quo fit, ut qui hac actione agit, alterutrum intendere debeat, aut se dominum esse; aut se bona fide emisse, vel ex alia justa caussa accepisse. Eadem actio non datur, nisi adversus eum, qui possidet aut dolo desiit possidere, ut hoc quoque non tantum intendere oporteat, sed etiam probare, ut is, cum quo agitur hac actione teneatur, L. *qui petitori*, D. *de rei vind.* Quæ si ita sunt: verum non videtur, nihil amplius exigendum a debitore, qui de pignore in rem agit, quam ut probet pignus a se datum: quod tamen hoc rescripto significatur. Sed et priora vera, et verum nihilominus hoc etiam posterius. Debet in proposito intendere debitor superiora omnia, quæ natura vindicationis exigit: nempe et rem esse in bonis, et eum, cum quo agit, possidere, aut dolo malo possidere desiisse; et quia intendit, etiam probare illum oportet. Sed ad ea probanda hoc unum sufficit, si probet pignus a se datum: ut merito unius hujus rei exigatur hoc rescripto probatio, quæ superiora omnia continet. Nam quod attinet ad jus petitoris, quo rem suam, aut in bonis suis esse dicit, satis probatur adversarii confessione, qui rem sibi pignoris titulo defendit. Qui enim pignus sibi datum intendit, vi ipsa hoc dicit, rem fuisse in bonis debitoris; quia alioqui pignus non esset, L. *quæ prædium*, *supr. alien. res.* L. *et quæ nondum*, §. *quod dicitur*, *D. de pig.* Quod attinet ad possessionem, hæc satis probatur hoc ipso, quod probatur pignus sine caussa illi datum esse. Nam si adhuc possidet, expressum est: si non possidet, desiit possidere dolo. Cum enim sciret rem sine caussa a se teneri; statim restituere debuit, quod si non fecit, dolo fecit. Alterum autem satis est, ut quis rei vindicatione teneatur, si vel possidet, vel dolo desiit possidere: dolus pro possessore est, *L. parem*, L. *qui dolo*, *D. de regul. jur.* Recte igitur statuunt Imperatores in proposito sic debitorem actione in rem experiri posse, ut nihil amplius probare debeat, quam pignus a se datum, ubi intendat pecuniam sibi numeratam non esse. Sed quæritur, an non agenti obstet exceptio et defensio creditoris, qua sibi pignus datum esse intendit, et pecuniam, quæ ipsi in chirographum deducta est, sibi redditam non esse. Videtur vero justa hæc esse defensio ad removendum petitorem. Nam si creditor pignus non possideret, ultro haberet actionem ad id persequendum, *L. pignoris*, *sup. de pig.* L. *item Serviana*, *Instit. de act.* Ergo si possidebit pignus, multo magis exceptionem habebit ad id retinendum, juxta regulam juris, L. *invitus*, §. 1. *D. de reg.* Hoc † occupant Imperatores in dicta 6
L. 1. et addunt ad depulsionem hujus objectionis, *hanc intentionem dati pignoris et pecuniæ non redditæ non tenere*, *nisi prius de fide debiti constiterit.* Intentionem vocant, ut recte Accursius interpretatur, exceptionem, qua creditor utitur ad pignus retinendum. Nam ut reus in exceptione actor est, sic ejus exceptio intentio est. L. *in exceptionibus*, *D. de prob.* Dicunt intentionem non tenere: ut sit sententia, non tenere debitorem agentem. Dicitur autem actio et intentio tenere adversarium, quæ adversarium constringit, et cogit ei intentioni stare. L. *quæsitum*, *in pr.* D. *de pecul.* Quod dicunt hanc intentionem non tenere, nisi prius de fide debiti constiterit, occupatio est illa, quam dixi, quæ hanc sententiam habet, quasi ita scriptum esset? Potest quidem creditor illa intentione, seu defensione uti, quam diximus, quæ hanc significationem habet: qui pignus vindicare potuit, multo magis potest possessum retinere. Sed hoc ita est, si vere sit pignus. Non autem in proposito pignus constitit: nam sine principali obligatione pignus nullum esse potest, *L. res hypothecæ*, D. *de pign.* Hic autem nulla est obligatio principalis, ubi pecunia, quam debitor scripsit nu-

numeratam esse, non est numerata. Certe non constat numeratam, nisi prius de fide numerationis constiterit probatione creditoris. Quare priusquam ille hoc probaverit, exceptio pignoris agenti non obstabit, ubi pignus nullum est. Hoc loco occurritur Imperatoribus; Esto enim, probatio debiti exigatur a creditore; at hoc modo res illi expedita est, nam debitum satis probat chirographo debitoris, quo is profitetur sibi decem mutua esse numerata. Ita enim est, ut qui quid scripsit, confessioni suæ stare debeat. *L. cum de indebito*, *in fin.* D. *de prob.* L. *generaliter*, *supr. de non nuper. pec.* Sed hoc jus in pecunia mutua locum non habet: in qua confessio pecuniæ numeratæ fidem non facit, ut proinde cogatur creditor hoc amplius probare, pecuniam a se numeratam, L. 3. *sup. de non num. pec.* quam ad rem prodita est reo in hac specie exceptio non numeratæ pecuniæ, L. *adversus*, *sup. de non num. pec.* Hæc vero est illa probatio debiti, quæ hoc loco a creditore exigitur. Si tunc, cum creditor pignus possidet, quod a debitore repetitur, agenti debitori cautio ejus, seu chirographum mendax non nocet, sed nihilominus creditor pecuniam a se numeratam probare debet: multo magis id probare debebit, si pignus a debitore possessum vindicabit. Est enim majus onus petitoris, quam rei, L. *favorabiliores.* D. *de regul. jur.* Ita si creditori reo hoc onus imponitur: multo magis imponetur pignus persequenti: quæ sententia est. *L. ult. hic.*

AD TITULUM XXXIV.

COD. DE JURE DOMINII IMPETRANDO.

Ad L. Dominii. 1.

Imp. Alexand. A. Nicolæ.

Dominii jure pignora possidere desiderans, nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere, et an solemnia peregisti, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, quæ pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur impetrare te non posse. PP. XIV. Kal. Decemb. Alexandro. A. III. et Dione Coss.

Ad L. Si creditor. 2.

Ipm. Gordianus A. Justæ.

Si creditor pignus jure dominii a nostra serenitate possidere petiit, et post formam rescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur. PP. Prid. Non. Decembr. Pio. et Pontiano Coss.

Ad L. Vetustissimam. 3.

Imp. Justinianus A. Demostheni *Præfecto prætorio.*

Vetustissimam observationem, quæ nullatenus in ipsis rerum claruit documentis penitus esse duximus amputandam, immo magis claribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus quæ jure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio pu-

publica, et annus luitionis antiquitus introducti sunt: pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque (nisi tantummodo ex librorum recitatione) audivimus. Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione cautum est quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur fœneratori ex denunciatione vel ex sententia judiciali post biennium ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere. Si vero nemo est qui comparare eam maluerit, et necessarium fiat creditori saltem sibi eam jure dominii possidere: in hujusmodi casibus hanc caussam esse observandam censemus, ut sive præsens sit debitor, denunciatio ei scilicet post biennium mittatur: sive abfuerit, provinciale tribunal creditor petat, et judicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo: ut fiat debitori manifestum per apparitionem judicis, quod a creditore petitum est: et certum tempus statuatur: intra quod si fuerit inventus debitor, debet is qui pecunias creditas accepit, debitum offerre, et pignus recuperare. Sin autem nullatenus fuerit inventus, judex certum tempus definiat, intra quod ei licentia dabitur sese manifestare, et offerre pecuniam, et pignus a pignoratione liberare. Sin autem tempore statuto vel minime fuerit inventus, vel creditam pecuniam totam offerre noluerit: tunc creditor adeat culmen principale, et precibus porrectis, jure dominii a nostra serenitate habere eandem rem expetat, habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio. Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum regressum, ex die sacri oraculi numerandum: et liceat ei creditori qui jam dominus factus est, offerre debitum cum usuris et damnis vitio ejus creditori illatis: quorum quantitatem creditor debet suo juramento manifestare, et suum pignus recuperare. Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus jam irrevocabilem factam. Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur: in hoc quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas æqua inveniatur: sine omni dubitatione totam rem antea pignoratam retineat. Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat: tunc in hoc quod debitum excedit, omnia debitori jura integra lege nostra servabuntur: creditoribus quidem fœneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum. Et ne ex communione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino æstimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in eum exponenda offerre. Sin vero creditor postquam jure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit: liceat quidem ei hoc facere: si quid autem superfluum sit, debitori servare. Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione, utpote viliore precio facta, sacramenti religionem creditor præstare compellatur quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendiderit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi debitori, quod ex juramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex jurejurando etiam minus habuisse creditor inveniatur: in residuum habeat integram actionem. Æstimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat sive amplioris sive minoris quantum ad debitum quantitatis est, judicialis esse volumus disceptationis: ut quod judex super hoc statuerit, hoc in æstimationem pignoris obtineat. Dat. XV. Kal. April. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Jus creditoris in pignore hoc esse, ut aut distrahat, aut nemine ad emptorem accedente jus dominii a principe impetret.*
2. *Impetrationem dominii quæ præcedere debeant.*
3. *Forma in dominio impetrando observanda.*
4. *Impetrati dominii effectus.*
5. L. ultim. C. de jur. dom. imp. *jus vetus distrahendi pignoris non mutari.*

1 PErtinet hic † titulus ad jus creditoris in pignore. Id jus summum esse diximus, ut distrahere liceret, *L. si cessante, supr. de distr. pignor.* Neque vero quidquam amplius creditori conceditur in dominio pignoris. Itaque pignus sibi frustra addicit: frustra per interpositam personam emit, *L. Et qui sub., supr. de distr. pign.* Si tamen pignus expositum emptorem non reperiat: consultum est creditori, ut rem dominii jure ei possidere liceat. Id jus impetratur a principe ad eum modum, qui hic præscriptus est in L *ult. hoc titul.* Quam ita commodissime intelligemus, si in hac impetratione hæc ordine spectentur, primum ea, quæ hanc interpretationem præcedunt, deinde ipsa interpretatio, postremo, quæ hanc sequuntur. Quæ
2 præcedere † debeant, hæc sunt. Primum, ut creditor denuntiet debitori, ut solvat; alioqui fore, ut jus pignoris exsequatur. Et hoc, si debitor non negabit se debere: quod si negabit, creditor judicio adversus eum experiri debet, et efficere, ut condemnetur. Secundum est, ut post hanc denuntiationem, aut sententiam acceptam totum biennium cesset debitor. Tertium, ut biennio exacto creditor pignus venum exponat. Quartum, ut exposito pignore emptorem non reperiat, cum qua parte congruit L. *debitor*, D. *ad Treb.* Quintum, ut ad extremum creditor iterum præsenti debitori denuntiet, ut solvat: sin aberit, curet, ut magistratum adeat, qui absenti per apparitorem tempus præstituat, intra quod adsit, et pecuniam offerat.

3 His † peractis rebus, recte perveniet creditor ad dominii impetrationem. In quo impetrando hæc forma observatur, ut creditor precibus principi oblatis petat sibi pignus dominii jure possidere licere: quo facto, rescripto principis id impetrat. Quod de precibus hic dicitur, monendi sumus hæc esse, quæ his precibus creditor complecti debeat: nempe et nomina debitorum, et declarare se solemnia peregisse, de quibus diximus; sumptum ex *L. 1. h. t.* Ex eadem lege intelligimus creditorem non debere generaliter petere, ur sibi universa bona debitoris addicantur, sed nominatim res certæ, ut de his venum expositis constare possit, deque earum æstimatione, ne plus consequatur creditor, quam ei debetur.

Impetrationem † sequitur hujus rei effectus: est autem hic in §. *sin autem tempore;* ut post impetrationem debitori nihilominus aliquid juris relinquatur in eam rem. Ac primum intra biennium ex quo jus dominii impetratum est, fit potestas debitori rei suæ recuperandæ, si modo debitum offerat cum usuris, et omni damno, quod ex ejus frustratione creditor passus est. Hoc jus singulare esse notandum est: nam postquam creditor dominus esse cœpit, postulabat jus dominii ut res ei invito avocari non posset, quantumlibet ei debitum offerretur, *L. non est, supr. de resc. vend. L. id quod nostrum, D. de reg. jur. L. penult. supr. si antiq. cred.* Et ideo bene hic dictum est, hoc jus humanitatis caussa debitori tributum. Usuræ, de quibus hic dicitur, hæ erunt, quæ frequentantur in regione, ubi res agitur: dummodo non excedant modum constitutum, *L. 1. L. de usur. L. eos, §. 1. supr. de usur.* De damno quod diximus, si erit controversia, de eo juranti creditori fides habebitur, *d. §. sin autem tempore, in fin.* Biennio post impetrationem dominii peracto jus dominii creditori omni ex parte confirmatur. Sed tamen etiam tunc hoc relinquitur, de quo et agat ipse, et item debitor, ut sive ex ea re creditor minus consecutus sit, quam ei debetur, sive plus, id quo minus consecutus est, repetere possit vetere actione a debitore; §. *sed siquidem*; quod est amplius id cogatur debitori reddere, §. *sin autem minus.* At qua actione? Nam debitor dominus rei esse desinit, et Justinianus hoc casu omnia debitori jura integra hac ipsa lege servari ibidem jubet: ut intelligere quis possit hoc casu etiam in rem actionem debitori competere, ut prius. Sed idem Justinianus ibidem etiam post hanc quæstionem emergentem vocat creditorem dominum. Melius est igitur, ne hic pugnantia inducantur, sic locum accipere: ut omnia jura debitori integra serventur, non in rem, cujus dominium jam confirmatum est creditori; sed ad hoc, ut quod amplius in pignore est, quam debuit, id a creditore consequatur: verum tamen

men propriis actionibus. Qua actione igitur? non rei vindicatione, quæ ei non competit, qui dominus esse desiit; sed condictione ex lege, quæ hac lege nova constituta in eam rem intelligitur, *L. 1. D. de condict. ex leg.* Cavet tamen Justinianus, ut in eam summam, quæ excedit debitum, res, cujus dominium impetratum est, pignori sit vel ipsi debitori, vel ejus creditoribus, quibus ipse prius eam rem obligaverat. Quod si sit controversia, quanti valeat pignus ultra quam creditori debetur, ut hoc ab eo reddatur: de eo sic constituit, ut intersit, utrum eam rem apud se retineat creditor, an vendat. Si sibi retinet, tanti res æstimatur, quanti revera est. Quod si de eo dubitetur, judicis erit cognitio et æstimatio, *vers. ult.* Sin creditor eam rem vendat, non plus consequi intelligitur, quam quanti vendit: et si forte minoris vendiderit, quam quanti valet, non erit ei fraudi: dummodo juret nihil dolo malo a se factum esse, ut minoris justo venderetur, *§. sin autem dubitatio.* Hactenus constitutio. Sed † meminerimus huic locum es- 5
se, cum dominii jus impetrare vult creditor in pignore, ad jus autem distrahendi pignoris non pertinet, de quo dixi ad *L. 4. et seqq. supr. de distr. pig.*

AD TITULUM XXXV.

COD. DE PACTIS PIGNORUM, ET LEGE COMMISSORIA IN PIGNORIBUS RESCINDENDA.

Ad L. Qui pactus est. 1.

Imp. Alexand. A. Victorino.

Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus hypothecæ venditionem, non contraxit: sed id comprehendit, quod jure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque jure creditor hypothecam vendere debet. PP. Id. Octob. Alexandro A. Coss.

Creditor pactus est, si intra certum tempus pecuniam non solveret, se creditoribus cessurum hypothecæ venditionem. Quæsitum est, an pecunia sua die non soluta intelligatur pignus creditori venditum esse ex suprascripta conventione. Respondet Alexander non eam vim esse superioris conventionis. Pactus est enim debitor se cessurum hypothecæ venditionem, idest, potestatem et jus hypothecam vendendi: proinde nihil amplius ex conventione habiturum creditorem, quam ut jure communi hypothecam vendat. Potest et rescriptum sic accipi, quasi quæsitum sit, an etsi tantum potestas tribuatur creditori ex superiore conventione hypothecam vendendi, tamen conventio servari debeat. Movet, quod lex commissoria in pignoribus repudiata est.

Videri autem potest hæc conventio legi commissoriæ similis. Etenim lex commissoria in pignoribus est, ut res sit vendita creditori pœnæ caussa, si sua die pecunia soluta non erit. Hac vero conventione efficitur, ut res vendatur, si minus creditori, at certo alii. Respondet Alexander, conventionem hanc valere: neque enim esse legi commissoriæ similem, quoniam ex lege commissoria venditio contrahatur cum creditore pro ea pecunia, quæ debetur: hac autem conventione debitor venditionem non contrahit, neque cum creditore, neque cum ullo alio: sed tantum id tribuit creditori, quod ipse etiam sine conventione esset habiturus, nempe vendendi potestatem. Ex quo recte colligit, eum jure communi recte pignus vendere posse. Potest etiam locus sic accipi verbis non repugnantibus: quasi dicat Imperator, conventionem hanc qua debitor paciscitur, se pecunia non soluta cessurum hypothecæ vendendæ potestatem, esse inutilem, quia sit supervacua: nam etiam sine conventione jus idem creditor esset habiturus quod verum esse docuimus ad *L. 4. et seqq. supr. de distr. pig.* Hac postrema sententia exprimitur illud, quod indicatur in L. *Cornelius*, *D. de hered. instit.* Adjectionem omnem supervacuam esse ejus rei, quæ etsi adjecta non esset, intelligeretur tamen.

Ad L.

Ad L. si fundi nomine. 2.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Dionysio.

Si fundi nomine quem vendideras, emptori ab alio mota proprietatis quæstione alterum fundum pro ejus evictione pignoris hypothecæve titulo emptionis instrumentis ea lege dedisti, ut quem secundo tradideras, si is quem vendideras, evictus non fuerit, obtineas: de hoc contra eum, qui moverat quæstionem lata sententia: emptori parata securitate circa eum, quem obligaveras, restituendum: conventionis fidem impleri (si negotium integrum est) præses jubebit. S. Kalend. Decembr. Sirmii, AA. Coss.

SEntentia hæc est, cum pignus sub conditione datum est, deficiente conditione pignus nec datum videri, eoque et de pignore competere pignoratitiam actionem, quod pene totidem verbis comprehensum est in *L. solutum*, §. 1. D. *de pign. actio.* Rescriptum in hoc loco ex facto in hac specie, cum fundus creditori obligatus esset hac conditione, si alius fundus venditus evictus esset, et constitit eum fundum evictum non esse. Ergo quod quæsitum est hoc loco, erit in hanc rem de pignore recipiendo pignoratitia actio. Quæ actio, quia certa est et vulgaris, ideo præscriptis verbis actioni in proposito locus non est, si jus vetus sequamur. *L.* 1. 2. *et* 3. *de præs. verb.*

Ad L. *ult.*

Imp. Constantinus A. *ad populum.*

Quoniam inter alias captiones præcipue commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt. Data II. Kal. Febr. Serdicæ, Constantino A. VII. et Constantio Cæsare Coss.

SUMMARIA.

1. *Lex in conventionibus, quid.*
2. *Commissoria, quid.*
3. *Lex commissoria in emptione, quæ.*
4. *Lex commissoria in pignoribus; quæ et cur improbata.*
5. *Legem commissoriam im emptione ne nunc quidem improbari, aut improbatam antea: et cur aliter in pignoribus.*
6. *Legem commissoriam in pignore nusquam alibi admissam proponi, et de locis in speciem contrariis responsum.*

CÆtera pacta in pignore dando recipiuntur. Improbatur id solum, quod hic dicitur lex commissoria in pignore, de qua dicemus hoc ordine: quid sit lex commissoria, et unde dicatur: quid sit caussæ, cur lex commissoria in pignore improbetur, non in emptione: quibus conditionibus improbetur, et qui loci in jure hanc legem admittere videantur. Lex in conventionibus † dicitur conventio non quævis, sed conventio traditioni rei nostræ adjecta; aut conventio, qua in re nostra tradenda convenit, ut qui accepit, aliquid faceret, aut non faceret: quasi dicas traditionis rei nostræ temperamentum quoddam, L. *Legem, sup. de pact.* L. *ea lege, supr. de condict. ob. cau. dat.* L. 1. L. 3. *L. servus ea lege*, D. *de ser. expor.* quam vim huic verbo subesse, et unde sit ducta, ostendit ad *d.* L. *legem, supr. de pact.*

1

Commissoria † dicitur a committendo. Dicitur autem res quæque committi alicui, cum domino rei suæ dominio excidente dominium alteri acquiritur, ut sic res dicatur alteri com- 2

commissa, quasi dicas ita ei traditam, ut incipiat in ejus jure et potestate esse: denique sic commissam alteri, ut is pro suo arbitratu de ea re possit statuere. Id intelligere possumus in iis mercibus, quæ ob delictum fraudati vectigalis dicuntur in commissum cadere, id est, in pœnam commissi. L. *interdum, D. de publ.* Nam hic in commissum merces cadere dicuntur, quæ committuntur fisco, et dicuntur fisco committi, quæ veteribus dominis ademptæ fisco vindicantur, quasi dicas, fisco traduntur, ut sint jam in ejus potestate, L. *commissæ, D. de publician.* quam verbi significationem et originem confirmavi pluribus ad L. 4. §. *Cato, D. de verb. obl.*

3 Hinc † dicta est lex commissoria in emptione. Est enim hæc lex, cum in conventione ita convenit, ut pretium certa die solveretur, et nisi solutum esset, res esset inempta, idest, emptor dominio ejus rei excideret, res ad venditorem veterem dominum reverteretur, *L. 2. D. de leg. com.* Qua conventione apparet, rem emptori ademptam venditori committi, idest, quasi tradi et addici ut is de ea pro suo jure statuat.

4 Hoc exemplo † dicta est hoc loco lex commissoria in pignore, cum creditor pecuniam credit ea lege, idest, eo pacto et conditione, ut pecunia certa die sibi reddatur, si ea die soluta non erit: ut pignus, quod eo nomine obligatum est, suum fiat pro pecunia credita, et quod jam sæpe diximus, ei committatur pignus pœnæ caussa ob id, quia pecunia sua die soluta non sit. Hæc est lex, seu conventio traditioni pecuniæ et pignoris adjecta, quæ hac lege improbatur. Non recte improbatur, dixerit aliquis, quoniam si non læditur hac conventione debitor, nulla caussa est ejus improbandæ. Sed etsi lædatur, tamen ideo conventio servanda est, quia licet unicuique de re sua pacisci: licet etiam unicuique paciscendo deteriorem conditionem suam facere. L. *jurisgentium*, §. *si paciscar*, L. *pactum, D. de pact.* L. *pen. supr. de pact.* Et improbandi ratio est, quod non omnia pacta de re privata valent; sed ea, quæ neque dolo malo facta sint, neque contra bonos mores; cætera contra, L. *jurisgentium*, §. *ait, D. de pact.* L. *pact. quæ contra, supr. de pact.* Hæc autem lex, de qua agitur, ex hoc genere est, est enim contra bonos mores. Et probabile est, non hac constitutione Constantini primum hanc legem improbatam esse, sed etiam displicuisse veteribus: tantum pœna aucta est, et jus apertius constitutum hac constitutione, cum aut veteres in eo variarent sententiis, aut ab his ita conventio acciperetur, ut reciperetur per convenientiam. Est autem contra bonos mores, quia invitat creditorem ad delinquendum et fraudandum eos, qui non consentiunt, quod genus totum improbari constat. *L. 5. D. de pact. dot.* Invitamentum ad fraudandum hujusmodi est: nam si impune licebit creditori hoc pacisci, semper hanc legem in pecunia credenda adjicient creditores, et res ad se quam minimo transferent: debitores autem necessitate pecuniæ accipiendæ constricti et hanc legem et aliam quanvis facile suscipient, ut sibi pecunia potiri liceat. Hæc lex nominatim improbatur in pignore. Unde † intelligimus legem commissoriam in emptione etiam nunc 5 manere: id enim manere necesse est, quod sublatum non probatur, L. *præcipimus, in fin. supr. de appel.* Et merito lex commissoria in emptione non item improbatur, ut in pignore. Altera enim injusta est, altera justa. Lex commissoria in pignore dominium veteri domino aufert. Lex commissoria in emptione dominium veteri domino conservat, nempe venditori. Lex commissoria in pignore pignus addicit creditori pro minima pecunia interdum, quæ credita est. Lex commissoria in emptione rem venditori suo addicit justo pretio, certe eo, quod ab emptore prius profectum erat, de quo ille queri non debet. Postremo lex commissoria in pignore adjicitur non consentiente debitore, qui necesse habet propter inopiam pecuniam accipere. Lex autem commissoria in emptione nulla necessitate adjicitur, quia nemo cogitur emere. Non est igitur mirandum, si in emptione recepta, in pignore improbetur. Neque vero credibile est unquam constitutione Constantini in emptione legem commissoriam repudiatam fuisse. Etsi enim hæc constitutio in Codice Theodosiano indefinite legatur scripta de lege commissoria: tamen ex adjunctis constitutionis apparet Constantinum sensisse de lege commissoria in pignoribus. Primum, quia nominat acerbitatem hujus legis commissoriæ, quæ acerbitas hujus legis nulla est in emptione. Deinde jubet creditores accipere, quod dederunt, quæ verba ad venditorem non pertinent, sed ad eum, qui mutuam pecuniam credidit. Utcumque est, semper illud constat legem superiorem improbari saltem in pignore hac constitutione.

Sed videndum est, † ne qui loci huic 6 constitutioni adversentur. Ex quo genere plerique esse videri possunt. Primum recipitur hæc venditio, si debitor pecunia accepta, et dato pignore, simpliciter postea pignus det cre-

creditori in solutum. *L. cum dominam, sup. de pig.* L. *Titius*, *D. de pig. act.* Quidni igitur et ab initio in pignore dando pignoris quoque venditio recte contrahatur sub conditione, si pecunia soluta non erit? Sed longe dissimilia hæc sunt. Nam hac venditione ab initio interposita fraudatur debitor, qui necesse habuit eam interponere, cum creditor alia lege pecuniam non daret. Postea autem si debitor rem vendit pro pecunia vendita, volens rem vendit, non coactus: L. *nec emere*, *supr. de jur. delib.* Nemo autem videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt, L. *nemo videtur*, *D. de reg. jur.* Immo, dicet aliquis, etsi venditio pignoris contracta erit ab initio sub hac conditione, si pecunia soluta non erit, venditio recte contrahetur. Sic enim recte contrahi placet, ut pecunia sua die non soluta, res creditori empta sit justo pretio tunc æstimanda. L. *si fundus*, §. *ult. D. de pig.* Sed multum interest, utrum convenerit, ut res creditori empta est pro pecunia credita, an vero empta esset justo pretio. Nam hoc casu posteriore nulla injuria fit debitori, si justum pretium accipit. Postremo objicitur L. *ult. D. de contr. empt.* ubi ipsissima lex commissoria, de qua diximus, admitti videtur. Recipitur enim hæc conventio: fidejussor qui creditori debitoris datus est, habeat pignus creditori datum sibi emptum, si pecuniam nomine debitoris creditori solverit, et habeat tantum pro pecunia creditori soluta, idest, debitori credita. Respondeo: Lex commissoria in pignoribus improbatur, quæ rem addicit ipsi creditori, non etiam quæ rem addicit vel fidejussori, vel alii, qui pecuniam non credidit. Differentiæ ratio est, quod creditori adjicere hanc legem cogitur debitor, qui aliter pecuniam non acciperet a creditore: alii adjicere non cogitur, quoniam ab eo pecuniam non accipit. Jam autem dixi neminem fraudari, qui sciat et consentiat non coactus.

AD TITULUM XXXVI.

COD. DE EXCEPTIONIBUS SEU PRÆSCRIPTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Liberationum summa divisio.* *Ipso jure liberari, quid: et quid per exceptionem*, ibid.
2. *Exceptionem liberationis caussa initio opponi debere: et illud Pauli quid sit in stipulationibus jus, in pactis factum versari.* L. si unus. §. pactus, D. de pact. et num. 10.
3. *Exceptio quid?*
4. *Exceptionis vis ad liberandum, et hujus vis ratio*, et num. 6.
5. *Nullam esse exceptionem, nisi quæ actioni prius jure summo constituta opponatur.*
6. *Justa petitio, et iniqua apud Justinianum quid distent.*
7. *Exceptiones facti, quæ vulgo dicuntur, exceptiones non esse.*
8. *Intendere, intentio, quid, et unde traslata appellatio.*
9. *In condemnationem quid deducere, quid sit in* L. 22. D. de excep. *Eximere condemnatione, minuere condemationem, de quibus exceptionibus dictum.* ibid.
10. *Exceptionis usus, ut in lite contestanda opponatur actori; hinc illa verba, opponere objicere exceptionem, exceptione actori occurrere.*
11. *Exceptio unde sic dicta, et cur dicta, conditio.*
12. *Exceptiones temporales, aut perpetuas esse, et quid horum utrumque.*
13. *Temporalium exceptionum genera, et caussæ.*
14. *Perpetuarum exceptionum species et caussæ.*
15. *Præscriptionem nihil aliud esse, quam exceptionem, et unde hujus appellationis origo.*
16. *Præscribere alicui idem esse, quod præscriptione, seu exceptione uti adversus aliquem: et errare eos, qui præscribere putant idem esse, quod tempore acquirere, præscriptionem longi temporis esse acquisitionem, quæ longo tempore contingat.*

CUM propositum sit deinceps de liberationum generibus agere, et de stipulatione, sine qua non fit recte novatio et acceptilatio: non inepte factum videtur, ut conjungeretur hic tractatus *de exceptionibus.* Est enim exceptio species liberationis. Et quoniam minus hoc modo debitores liberantur, quam cum liberantur ipso jure: inde etiam factum videri potest, ut hic tractatus præmitteretur iis caussis, quibus ipso jure obligatis tollitur. Id

quale

quale sit, intelligitur ex divisione liberationis.

1 Ergo † liberantur debitores jure omnium obligationum communi, partim ipso jure, partim per exceptionem, L. *qui servum*, §. 1. *D. de obl. et act.* L. *cum quis*, 38. §. 1. L. *qui decem*, 72. *D. de sol.* Ipso jure, cum ipso solum jure, puta verbis ipsis legis sine alio suo facto quis liberatur: quod quibus modis fiat, dicetur oportunius, *infra*, ad tit. *de novat.* Per exceptionem, cum subtilitate juris, idest, verbis ipsis manente obligatione, reus æquitate aliqua defensionis se tuetur, quæ defensio actioni opposita, dicitur exceptio. *Inst. de excep. in pr. et deinceps*, L. *si quis cum*, 36. *de verb. obl.* Valet interdum *ipso jure* idem, quod jure civili, non prætorio: de qua significatione horum verborum in usu juris scripsi pluribus ad §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Hic ipsum jus exceptioni oppositum idem valet, quod jus solum. Estque omnino superioris distinctionis hæc sententia. Tollitur obligatio et actio ipso jure, idest, solo ita, ut ad omnem defensionem in lite contestanda sufficiat reo negare se debere. Perimitur per exceptionem, cum necesse est, ut fateatur se adhuc jure civili debere; sed adversus intentionem jure civili comparatam opponere debet defensionem, qua actionem excludat: quæ, ut dixi, defensio exceptio appellatur *Inst. de excep. in pr. et deinceps.* Ita fit, ut defensio exceptionis sit in facto rei posita ad ejus liberationem. Hoc
2 est, † quod Paulus scribit in L. *si unus*, §. *pact. D. de pact.* in stipulationibus ad liberandum reum jus, in pactis autem factum versari. Non significat, ut vulgo ea sententia accipitur, pacta jure non valere ad liberationem, sed tantum factum nudum habere. Nam revera pactum prodest ad liberationem non minus, quam stipulatio Aquiliana. L. 5. *sup. de pact.* Sed inter utrumque hoc interesse significat Paulus, quod stipulationes et liberationes juris civilis jus continent, idest, jure ipso debitorem liberant et actionem perimunt; pacta autem factum debitoris continent ad liberationem, idest, ita debitorem liberant, si ipse in judicio exceptionem opponat, et eo facto se tueatur adversus intentionem, de quo scripsi plura ad *d.* L. 5. *sup. de pact.*

Hac divisione constituta, res eo redit, ut si noverimus, quid sit exceptio, et quibus ex caussis exceptiones de re quaque nascantur, sive quot genera sint exceptionum: eadem opera quibus modis quisque per exceptionem liberetur, intelligamus: quæ nunc breviter
3 subjiciam. Exceptio † sic definitur ab Ulpiano in L. 2. *excep.* quasi quædam *exclusio*, *quæ actioni cujusque rei opponi solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.* Aliis verbis, sed prope eadem sententia sic definitur a Paulo in L. *exceptio*. 22. D. eod. ut sit, *conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.* Definitiones sumptæ, illa ab effectu exceptionis, et utendi modo; hæc etiam a conceptione.

Effectus † hic est. Exceptio exclusio est 4
actionis. Hinc intelligimus, tametsi debitor qui exceptionem habet jure comparatam, actione vetere jure civili teneatur, tamen opposita exceptione id eum consequi, ut non magis teneatur, quam si adversus eum nulla esset actio: ad quod demonstrandum pertinent exempla tit. *Inst. de excep.* Atque hinc nata regula juris: nihil interesse, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur, L. *nihil interest*, *D. de reg. jur.* Ex eadem vi nata verba rei convenientia, repelli, removeri, submoveri, excludi, infirmari actionem exceptione, seu ope exceptionis, quæ legenti passim in hoc argumento occurrent. Non est † exceptio quævis exclusio, sed 5
exclusio actionis: ex quo intelligimus nulli competere exceptionem, nisi subsit actio jure civili constituta, qua is teneatur: ut persecutio quidem justa sit, sed iniqua adversus eum, cum quo agitur, ut loquitur Justinianus *Inst. de excep. in pr. et deinceps.* Justam vocat, † quæ jure nititur et consistit; 6
iniquam, ex qua non sit æquum debitorem condemnari, postulante id legis sententia. Et vero hac de caussa recte constituitur, ne actio legitima noceat, quæ jure tantum summo nocet. Neque enim jus summum dicendum jus est, nisi abusive. Unde jus definitur ars, non summi juris et verborum, sed æqui et boni, L. 1. *D. de just. et jur.* Quod † si ita est, apparet errare vulgo interpretes 7
qui cuderunt nobis eas exceptiones, quas appellant facti, idest, eas allegationes, quibus ostenditur actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat. Atqui non est exceptio, quæ actionem præcedentem non excludit. Solutionis autem allegatio non potest actionem præcedentem excludere, cum actio post solutionem nulla esse cœperit. Explicat autem Ulpianus qualis sit hæc exclusio, quæ objicitur. *Ad excludendum* inquit, *id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.* In intentionem, idest, in petitionem. Intendere † est contendere aliquid ab 8
aliquo, ut nobis præstet; vel affirmare aliquid quo ab alio quid petamus, §. 1. *Inst. de act.*

act. Hinc intentio omnis affirmatio, qua aliquid ab aliquo petimus. L. *si quis intentione*, D. *de jud.* L. *vindicantem*, *D. de evict.* L. *in exceptionib. D. de prob.* Significatio translata a sagittariis, qui arcum intendunt in rem aliquam, ut eam petant: quod facit omnis, qui judicio experitur, dum adversus reum intendit actionem. Unde et actor, cum agit, dicitur dirigere actionem adversus reum L. 2. *h. tit. et* L. 1. *sup. de exsec. rei jud.*

9 In condemnationem, † accipere possumus, et in condemnationem futuram, et in condemnationem præteritam: ut significetur exceptionem excludere id, quod in intentionem deductum est in hoc, ut reus postea condemnetur in id, quod petitur, vel ut excludatur id, in quod jam reus condemnatus est: quam ad rem comparatæ sunt exceptiones iis, qui in id, quantum facere possunt, conveniuntur ex condemnatione, de quibus in §. *pen. Instit. de act.* Ex hoc sensu illud dictum accipi potest, quod est in definitione Pauli, cum dicitur exceptio esse, qua modo reus eximitur condemnatione, modo minuitur condemnatio. Eximitur condemnatione, cum petitio penitus excluditur, minuitur condemnatio, cum in id solum, quod facere potest, condemnatur; aut in solidum condemnatus convenitur tantum in id, quod facere potest, propter exceptionem.

10 Atque † hic effectus est exceptionis. Sed quomodo exceptione utetur reus ad defensionem? Id indicatur verbis illis definitionis, quæ cujusque rei actioni opponi solet: quibus significatur ita exceptione excludi actionem, si exceptio actioni opponatur. Hinc illa rursum nata ex re, objicere, opponere exceptionem, petenti actori exceptione occurrere, quod postremum est in *L.* 4. *D. de servit.* Opponitur autem in lite contestanda. *L. siquidem*, L. *præscriptionem*, *infr. hoc tit.* Atque hæc oppositio ita exceptionis propria, ut si sit prætermissa, nihil prosit postea reo exceptio ad liberationem. Unde merito diximus defensionem omnem exceptionis in facto rei esse positam. Sic ergo exceptione utimur ad excludendam actionem.

11 Est † præterea et exceptionis sua conceptio et formula verborum, a qua exceptio conditio appellatur in *d.* L. *exceptio*, *D. de excep.* Si cognoverimus, quamobrem defensio ad excludendam actionem comparata dicatur exceptio: simul quamobrem dicatur conditio, intelligemus. Nonnulli putant exceptionem dictam esse, quia exceptione sic excipiatur actio intentata a debitore, ut pila in nos emissa a nobis excipitur, quam in alium retorquemus. Non male fortasse, si vis verborum spectetur. Sed verendum est, ne non satis sit ex usu actorum. Nam exceptione dicitur actio repelli. Contraria sunt, emissum accipere, et repellere. Res sic habet: defensio omnis actioni opposita ad eam, excludendam eodem modo dicitur exceptio, quo usitate exceptiones dicuntur orationes, quibus aliquid de regula excipimus. Id enim facit omnis defensio, si cum intentione adversarii conferatur. Nam intentio actoris generalis est, qua exempli gratia, decem mutua petens id agit, ut reus in ea decem condemnetur: quia intendat omnem qui mutuum accepit, mutuum reddere debere. Exceptio a reo opponitur, qua excipit pactum, jusjurandum, rem judicatam, et similes caussas, ex quibus exceptiones nascuntur: ut dicat, videlicet: quod intendis, actor, generaliter omnem qui mutuum accepit, mutuum reddere, sic accipiendum est: nisi pactum inter nos intervenerit, ne a me peteres: nisi ego juraverim te deferente me reddere non debere; et si quæ sunt similes caussæ, quæ totidem sunt superioris definitionis exceptiones. Jam vero omnis exceptio, qua quid excipitur de regula, conditio est: certe concipitur sub conditione. Sic enim subjicitur: hoc ita est, *si non; nisi illud, aut illud factum erit*, et si quæ particulæ eandem vim habent. Hinc factum, ut exceptio conditio appelletur. Quam ob caussam animadvertere possumus fere omnem exceptionem concipi sub conditione. Ex innumeris locis liceat duos citare, L. 2. *L. si a te*, *D de excep. rei jud.* de quo more judiciorum veterum si quis plura desideret, reperiet diligenter expositum a Duareno ad L. *jurisgentium*, §. 1. *D. de pact.* in illis verbis, *actionem a prætore dandam.*

Nunc † quæ sint exceptiones, seu qui mo- 12 di, quibus per exceptionem in re quaque quis liberetur, videamus. Exceptionum duo sunt genera. Quædam sunt temporales et dilatoriæ; quædam perpetuæ et peremptoriæ. Temporales et dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, et in id tempus actionem differunt. Aliter temporales præscriptiones dicuntur sub titulo *de divers. tempor. præscription.* Illic enim exceptiones temporales dicuntur, etiam quæ sunt perpetuæ: sed temporales ideo, quia ex usu longi temporis nascuntur. Perpetuæ et peremptoriæ sunt, quæ perpetuo agenti obstant, eoque modo rem, id est, caussam, de qua agitur, perimunt: hæc in *L.* 3. *D. de except. et* §. *appellantur*, *Instit. eod.* Dilatoriarum † et temporalium exceptionum tria 13 genera sunt. Quædam sunt judicii recusandi et

et transferendi caussa, nata ex eo, quod quis non recte judicium ordinat: puta quia is agit, cui actio non competit, aut eo loco agitur, vel apud eum magistratum, ubi et apud quem conveniri quis non potest: quo in genere est exceptio, quæ dicitur procuratoria, et eæ, quæ dicuntur usitate fori præscriptiones. §. *penult. Institut. eod. L. ult. hoc tit.* Quædam sunt de re ipsa, quæ ex pacto nascuntur, cum ita convenit, ne intra certum tempus ageretur. §. *appellantur. Instit. eod.* Quædam minuendæ condemnationis gratia, quæ non tam ex re, quam ex conditione personæ debitoris nascuntur, eique humanitatis caussa tribuuntur. Hujus generis est exceptio omnis, quæ datur debitori in id, quod facere potest. Quæ quibus personis, et quibus ex caussis tribuantur, exponitur in §. *pen. Inst. de act.* L. *sunt qui, et seqq. D. de re. jud.* Hujus generis exceptiones recte dilatorias et temporales esse dicimus: nam tamdiu nocent creditori, quandiu debitor facere non potest: quod si debitor facultatibus auctus sit, et facere posse incipiat, jam amplius non utitur hac exceptione. L. *unica*, §. *cum autem, supr. de rei ux. act.*

4 Perpetuæ † et peremptoriæ exceptiones caussis itidem distinguuntur: quæ sunt variæ. Licet autem hanc generum distinctionem in his observare. Igitur quædam a principio in re contrahenda statim nascuntur, quædam exsistunt postea. Nascuntur ab initio exceptiones perpetuo partim ex re, et eo, quod factum est: partim ex persona aut rei, aut debitoris. Ex re nascuntur, si quis quid metu promiserit, si promiserit inductus dolo: si promiserit errore lapsus, dum putat se debere, quod non debet; si caverit pecuniam tanquam acceptam, quæ ei numerata non sit. Hinc illæ exceptiones: *Quod metus caussa*, de qua in *Instit. eod. in princ.* Exceptio doli specialis, de qua in *Instit. ibid. et* Titulo *D. de doli mali et metus except.* Nam et generalis doli exceptio est, quæ ex omnibus aliis exceptionibus oritur: quoniam dolo facit, quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit. L. 2. §. *et generaliter, D. de doli et metus exception.* Exceptio in factum, de qua eodem loco *Institut. et L. si quis cum aliter, D. de verb. obl.* Item exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua in §. 2. *Istitut. eod.* L. *adversus, et tot. tit. sup. de non num. pec.* Has exceptiones jam ab initio nasci apparet, quia jam ab initio caussas, ex quibus nascantur, constitutas habent. Ex persona nascuntur ab initio duæ: exceptio SC. Macedoniani, et exceptio SC. Vellejani. Prior filiisfamilias comparata est de pecunia ipsis credita: comparata non ipsorum favore, sed odio fœneratorum. Posterior tributa mulieribus, quæ pro aliis intercesserunt, ipsarum scilicet gratia, dum earum infirmati consulitur: de his est in L. 7. §. 1. D. *eod.* L. *qui exceptionem. D. de cond. ind.* Adde titulos, qui sunt de his caussis, D. et C. *de senatusconsult. Macedon. et ad senatusconsult. Vellejan.* Exsistunt post rem contractam exceptiones ex his pene caussis. Primum ex voluntate actoris, si voluit debitorem, aut eum, cum quo agitur, non teneri. Tum ex jurejurando debitoris, si juraverit debitor actore deferente, se non debere. Præterea si debitor judicio absolutus erit. Postremo ex tempore. Voluntas actoris debitorem exceptione liberat, quocunque modo nuda voluntate constituerit, ne debitor teneretur; Hinc exceptio pacti conventi, si convenit inter debitorem et creditorem, ne creditor peteret: de qua in §. *præterea, Inst. eod.* Hæc edicto de pactis comparata est, L. *jurisgentium*, §. *sed cum nulla, et* §. *ait. D. de pact.* L. *in bonæ fidei, sup. de pact.* Hinc et exceptio in factum, vel doli mali adversus heredes, si testator voluit debitorem aliquo modo liberari: de qua specie est in L. 1. *hoc tit.* Ex eodem fonte est exceptio rei venditæ et traditæ, proposita ei, cui res vendita tradita est ex voluntate venditoris, aut ejus, qui postea venditori heres exstiterit L. 1. *et* toto tit. *D. de excep. rei vend.* Ex jurejurando est exceptio jurisjurandi, de qua in §. *æque, Inst. eod.* Hæc proposita est edicto de jurejurando: de qua in L. *ait. et* L. *nam posteaquam. D. de jurejur.* Ex sententia, qua absolutus est debitor, est exceptio rei judicatæ: de qua in §. *item. si Inst. eod. et tot. tit. D. de except. rei jud. et* L. 2. *hoc tit.* Ex tempore nascitur exceptio ex constitutionibus, cum intra tempora constitutionibus constituta creditor non egit: L. *sicut, et pene tot. tit. sup. de præs. trig. vel quad. anno.* et si qui sunt similes loci, quibus ad agendum certa tempora præstituta sunt. Hæ fere exceptiones, et exceptionum caussæ sunt: quod si quæ aliæ reperientur, sunt ejusmodi, ut ad has nullo negotio referri possint. Unde titulus Dig. *quarum rerum actio non*
detur. Quæ † de exceptionibus diximus, eadem dicta intelligenda sunt de præscriptionibus, quæ pars est altera hujus inscriptionis. Nam præscriptio nihil aliud omnino, quam exceptio. Unde inscriptio hujus tituli non sic concipitur, *de exceptionibus et præscriptionibus* 15

nibus, quasi de rebus diversis, sed *de exceptionibus*, seu *præscriptionibus*, particula, *seu*, interposita, quæ easdem res proponi declarat: ut in illis inscriptionibus liquet, *Lælius*, seu *de amicitia*: *Cato major*, seu *de senectute.* Præscriptionem autem idem declarare, quod exceptio, hinc facile intelligitur, quod quæ exceptiones usitate dicuntur, eædem dicuntur præscriptiones: et contra quæ usitate dicuntur præscriptiones, hæ dicuntur etiam exceptiones. Ut puta, defensio, quæ nascitur debitori ex re judicata: usitate appellatur exceptio rei judicatæ, toto Tit. *de except. rei jud.* At hæc dicitur præscriptio rei judicatæ, in L. *judicatœ, D. de exception. rei judic.* Sic et doli exceptio usitate exceptio dicitur: in quæ verba est titulus de hac specie. *D. de doli mali, et metus exception.* sed et hæc dicitur doli præscriptio in *L. si debitor.* 91. *D. de sol.* E converso defensio, quæ nascitur debitori ex eo, quod quis in suo foro non convenitur, aut non convenitur ab eo, qui sit procurator, dicitur frequentius præscriptio fori, et procuratoria L. *penult. et ult. hoc tit.* Ad hæc eadem dicitur exceptio procuratoria in §.*penult. Instit. eod.* Item defensiones, quæ nascuntur ex possessione longa, usitate dicuntur præscriptiones longi temporis. Tit. *de præscription. long. tempor. supr.* Atqui hæc præscriptio nihil aliud est, quam exceptio temporis; idque ita interpretantur *L. creditor*, *D. de divers. tempor. prœscript.* L. *super*, *supr. de præscript. long. tempor.* Significatio inde ducta est: nam inter cætera præscribere est dictare, et ostendere alicui, quo modo se gerat, et quid facto sit opus. Id autem facere intelligitur omnis reus, qui exceptione utitur. Nam creditor, cum exempli gratia contra pactum de pecunia non petenda, pecuniam a se creditam petit, et intendit reum ex caussa mutui dare oportere, generaliter intentionem concipit: reus exceptione pacti utendo hoc dicit, illum male generaliter agere, et debuisse addere hanc exceptionem: nisi pactum intervenerit, ne peteret. Hoc autem dicere, et docere actorem, nihil est, quam ei præscribere, quomodo intentionem suam concipiat, et postulare, ut ad eam normam in judicio exceptio pacti adjiciatur. Inde factum est, ut hæc exclusio, et quasi præformatio ejus, quod actor in concipienda intentione facere debeat, præscriptio rei dicatur.

Id autem † esse præscribere declaratur in 16
L. Titia, §. *Cajus*, D. *de legat.* 2. ubi dicitur heres præscribere coheredibus suis, pro eo, quod est contra heredes suos exceptione uti. Ex quibus apparet, quid judicandum sit iis, qui vulgo putant, præscribere esse longa possessione acquirere, et eam acquisitionem ita distinguunt, ut res quidem mobiles dicant usucapi, res autem immobiles præscribi, quod longe secus est. Nam qui acquirit, acquirit sibi, non adversario: at qui præscribit, is adversario præscribit, non sibi. *d. L. Titia*, §. *Cajus.* Non est idem igitur præscribere et acquirere. Denique apparet ex iis, quæ posuimus, præscriptionem in usu juris, nihil aliud esse, quam exceptionem, et præscriptionem temporis, seu longæ possessionis, de quo plura alias. *Ad* L.

Ad L. Debitores. 1.

Imp. Antoninus August. Claudio

Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria, antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes. PP. Kalend. August. Duobus. et Aspris Coss.

SUMMARIUM.

1. *Testatorem creditorem uni ex heredibus suis jubentem totum solvi; non item facere, quo minus et cæteris summo jure pars hereditaria debeatur. Hinc debitorem legatario solventem non liberari summo jure: at liberari per exceptionem.*

1 EI, cui centum a Titio † debebantur, plures heredes exstiterunt. Lege duodecim tabularum actio hujus summæ nomine inter heredes divisa est pro portionibus hereditariis, ut hic traditur in L. 1. *sup. si unus ex plur. L. licet, supr. fam. ercisc.* Ita fit, ut singulis heredibus non tota centum debeantur, sed portio hereditaria. Quod si verum est, non potest debitor consequi summo jure, ut liberetur a singulis aliter, quam si singulis solverit portionem hereditariam, quæ eis debetur, aut solverit alii voluntate singulorum. Ita jus est, ut quoniam nemo alterius inviti, aut ignorantis conditionem deteriorem facere potest, *L. solvendo*, D. *de neg. gest.* ideo nec quisquam invito, aut ignorante creditore alii solvendo liberetur, ubi scilicet hoc facto creditori actionem suam adimat. L. *invito*, *infr. de solut.* Quapropter hoc constabit, si debitor ubi heredum totum solverit cæteris non consensientibus, solventem ea solutione ab aliis non liberari. Quid tamen, si testator quibusdam ex heredibus nomen hoc totum Titii adscripserit, ut hic factum proponitur, idest, legaverit: de quo genere est in *L. ex legato, sup. de legat.* debitor autem cognita testatoris voluntate his totum solverit, quibus nomen adscriptum est? Respondetur hoc loco, si a cæteris conveniatur, posse eum se tueri doli exceptione. Quo maxime confirmatur id ipsum, quod dixi, debitorem a cæteris quibus non solvit, summo jure non esse liberatum, sed his superesse adhuc veterem actionem, adversus quam hæc sit exceptio: quandoquidem non potest exceptio esse, nisi adversus actionem jure ipso constitutam, ut docuimus supra in definitione exceptionis. Et recte hic quoque hoc idem constituitur, et convenienter superioribus regulis juris. Nam etsi testator voluerit hoc debitum uni ex heredibus solvi: tamen non eo minus ipsi testatori debetur totum, ut prius. Quod si debetur, jus facit, ut eo mortuo id pertineat ad singulos heredes pro portionibus hereditariis, quia heres succedit in omne jus defuncti. *L. heres in omne, D. de acq. her.* Nec quisquam putet, cum debitor voluntate testatoris uni ex heredibus totum solvit, ideo eum liberari, quia voluntate creditoris solvat: nam testator defunctus creditor esse desiit, et cœperunt creditores esse heredes, qui ei successerunt. Ita fit, ut quia debitor uni totum solverit, non ex voluntate aliorum coheredum, qui etiam creditores sunt: ipse ea solutione adversus cæteros ipso jure non liberetur. Sed quia est in potestate creditoris vetare, ne quidam ex heredibus id debitum petant, hac voluntate defendetur debitor, si petant ii, quos testator vetuit petere. Intelligendum est autem, cum testator voluit uni ex heredibus totum debitum attribui, eadem opera voluisse, ne cæteri a debitore peterent. Dixerit aliquis eum, cui nomen legatum est, actiones utiles habere, atque ita creditorem esse. *d.* L. *ex legato, sup. de legat.* proinde et ei recte solvi. Quod et verum est: neque de eo nunc quæritur, an recte ei solvatur invitis cæteris: sed pecunia ei soluta quomodo debitor liberetur. Liberari eum fatemur: sed negamus id fieri ipso jure. Merito: nam et is, cui nomen legatum est, summo jure non est creditor. Observandum est enim eum actiones tantum utiles habere, dicta L. *ex legato, sup. de legat.* quo declaratur, eum non habere verbis legis, idest, summo jure: proinde nec solum creditorem esse, sed et cæteros quoque coheredes. Quæ res facit, ut si debitor his quoque non solvat, eodem isto summo jure non liberetur.

Ad L. Pro portione. 2.

COgnosce sententiam hujus loci *ex* L. *supr. quibus res jud. non noc.* L. *sæpe, D. de re jud.* toto Titul. *supr. res inter alios jud.* L. 1. *et* L. 3. *D. de except. rei jud.*

Ad L. Adversus. 3.

Idem A. Vitali.

Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelæ judicio si expertus non es, proposita actione consiste, nec timueris exceptionem pacti, si in ea fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita, bonæ fidei judicium facit, et commentum fraudis repellit.

SUMMARIA.

1. *Replicationis exemplum, et quid sit replicatio.*
2. *Lectio corrupta emendatur.*
Replicatio bonæ fidei judicium non facit. ibid.
3. *Replicatione fraudis commentum repelli, quid sit.*

SI paciscatur creditor, ne a debitore suo petat, habet debitor exceptionem pacti, qua creditorem petentem summoveat. §. *præterea, Institut. eod. titul.* Sed hoc ita est, nisi pactum dolo malo debitoris factum sit: nam quæ pacta dolo malo facta sunt, ea edicto prætoris non servantur. L. *jurisgentium*, §. *præter ait*, D. *de pact.*

1 Ut † autem hoc pactum, seu ejus pacti exceptio creditori non noceat, consequitur id doli mali replicatione opposita, qua pacti exceptio eliditur, ut hic declaratur. Non enim pactum ipso jure tollitur. L. *si unus*, §. *pactus*, *D. de pact.* In proposito autem sic evenerit, ut pactum dolo malo debitoris factum sit: si proponas eum, qui olim tutor fuisset, affirmasse ei, cui tutelæ nomine obligatus erat, multo minus esse in bonis, quam erat: de reliquo, se tantum in id impendisse, quantum ex reliquatione debere potuit. Itaque facile impetrasse, ut pupillus creditor pacisceretur, ne amplius tutelæ nomine cum eo ageret. Sententia notanda est de replicatione. Quemadmodum si actio iniqua est, defenditur reus adversus actionem exceptione vel pacti, vel alia qualibet: ita si iniqua est exceptio, ut interdum accidit, veluti in specie hoc loco proposita, creditor adversus exceptionem alia exceptione contraria defenditur, quæ exceptio in persona creditoris dicitur replicatio. De quo genere est sub Titul. *Institut. de replicat.*

Est † autem lectio postremorum verborum in hoc rescripto animadvertenda. Recepta ab omnibus lectio hæc est: *nam replicatio doli opposita bonæ fidei judicium facit, et commentum fraudis repellit.* Hæc scriptura defendi non potest. Non enim ullo modo recipiendum est, ut dicatur replicatio doli opposita facere judicium bonæ fidei. Si replicatio opponitur a creditore, qui ex stipulatu agit, idest, judicio stricto, replicatio non faciet, ut judicium, quod sua natura strictum est, efficiatur bonæ fidei. Quod si opponitur replicatio in judicio bonæ fidei, ut in judicio tutelæ, de quo hoc loco agitur, est quidem judicium tutelæ bonæ fidei, §. *actiones autem*, *Instit. de act.* sed ideo bonæ fidei est, quia est de tutela, non autem quia replicatio in id judicium deducitur. Nam et sine replicatione, aut exceptione ulla bonæ fidei judicium esset. Et in summa, quia bonæ fidei judicium est, idcirco dolus eo judicio excluditur: non autem quia dolus in eo excluditur, ideo est bonæ fidei judicium: excluderetur enim dolus replicatione et in strictis judiciis. Si quis in re nota exemplum desideret, habet in L. *tres fratres*, *D. de pact.* ubi in actione furti, aut condictione furtiva exceptio pacti, quæ actioni opponebatur, replicatione doli eliditur. Locus igitur aperte corruptus est, sic autem emendandus, ut pro, *et repellit*, legamus *ut repellat*, hoc modo: *nam replicatio doli opposita bonæ fidei judicium* 2

fa-

1 *facit, ut commentum fraudis repellat.* Ut † sit sensus: bonæ fidei judicium, nempe tutelæ de quo hic agitur, facit, ut replicatio doli, quæ ab actore qui tutelæ agit, opposita est, commentum fraudis, quæ fraus in pacto fuit, repellat: idest, in hoc judicio maxime exceptio pacti replicatione doli infirmabitur. Sed cur dicit Imperator id effici judicio bonæ fidei, cum replicatio doli in judicio stricto opposita idem efficeret? Nempe hoc sentit, præcipue et maxime bonæ fidei judicium id facere. Nam judicium bonæ fidei ubique bonam fidem exigit: nihil autem tam bonæ fidei contrarium est, quam dolus, L. 3. *in fi. D. pro soc.* proinde in hoc judicio bona fides judicii propria præcipue excludit fraudis commentum, idest, machinationem doli in pacto exprimendo adhibitam.

Ad L. Cum nondum. 4.

Imp. Alexander A. Juliano et aliis.

Cum nondum finitam sententia caussam, sed dilatam allegetis: non est dubium omnes integras defensiones vobis esse. PP. Non. Oct. Maximo II. et Æliano Coss.

SI reus caussam agere diu distulerit, et defensiones suas probare, existimari potest, ob eam dilationem juri suo diffidere, eoque defensionibus suis renuntiare: ut postea si velit, eas exsequi non possit. Hic monemur non ita esse. Defensiones re judicata excluduntur: cæterum re nondum judicata reus quovis tempore his uti potest. *L. præscriptionem, inf. hoc tit.* idque quantunvis caussæ actionem distulerit, quæ pars hic traditur. Defensiones sunt exceptiones, quæ reis competunt, quoniam omnis exceptio defendendorum reorum caussa comparata est. L. *defensiones*, L. *siquidem*, *infr. hic. Inst. eo. in pr.*

Ad L. Licet. 5.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. et CC. Basilio.

Licet *unde vi* interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur, S. Kal. Maiis, Trallis AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Exceptionem peremptoriam esse perpetuam, etiamsi competat ex ea caussa, ex qua actio sit annalis: et quare.*

BAsilius quidam possessorem de fundo dejecerat, et eum fundum per vim occupatum possidebat. Adversus eam vim habuit vetus possessor interdictum *Unde vi* ad recuperandam possessionem, si eo uti vellet: sed habuit intra annum duntaxat. L. 1. *in pr. D. unde vi. L. 2. sup. unde vi.* Intra quem cum sorte interdicto usus non esset: nempe eo interdicto exciderat. Sed idem postea Basilio peregre profecto possessionem ejus fundi clam Basilio occupavit. Reverso Basilio controversiam ei possessionis facit: sic tamen, ut eam inquireret, non ut eum dejiciat. Basilius adversus veterem possessorem experitur interdicto, *Uti possidetis*, retinendæ possessionis caussa: et recte: quanvis enim is vi possideat: vere tamen possidet, quia ad summam possessionis nihil interest, utrum juste quis, an injuste possideat, L. 3. §. *ex contrario*, *D. de acq. poss.* Sed vetus possessor hac exceptione utitur: non licet tibi hoc interdicto mecum experiri, neque debes in possessione me vincere, quia possides quidem, sed vi a me. Hac exceptione actor in interdicto, *Uti possidetis*, removetur. *L. 1. §. ult. D. uti poss.* L. *unica*, *sup. uti poss.* ubi exposuimus. Si vetus possessor hac exceptione uteretur intra annum,

num, ex quo dejectus fuit, nulla esset dubitatio: sed Basilius cœpit experiri interdicto, *Uti possidetis*, forte post duos tresve annos, aut amplius: unde et vetus possessor exceptione de vi diu post annum utitur. Hic ergo quæritur, † an hæc exceptio etiam post
1 annum ei competat. Movet, quod ei post annum interdictum adversus vim non competit, ut dici possit, par esse nec competere exceptionem. Hic rescriptum est, diversam esse interdicti *Unde vi* et exceptionis *Unde vi* caussam. Interdictum non competere, nisi intra annum; exceptionem de vi esse perpetuam. Differentiæ ratio a Paulo exposita in L. *pure*, §. *ult.* D. *de doli mali except.* ad hanc sententiam; merito interdictum *Unde vi* anno finiri, quia nisi actor intra annum eo sit usus, ipsius culpa sit, cui non est succurrendum: potuit enim intra annum experiri, et noluit. At exceptionem de vi perpetuam esse oportere, quia hac uti non potest reus, nisi actor voluerit, idest, egerit, ut actio exceptione excluderetur: non est autem in potestate rei, quando actor experiatur: proinde nec in ejus potestate, quando utatur ea exceptione: ut si ea usus non est, nihil sit, quod debeat ei imputari. Nihil est enim, ut idem alibi scribit, quod possit imputari ei, qui quid facere, etiam si vellet, non potuit. L. *cum quidam*, §. *si pupillo*, D. *de usur.*

Ad L. Si pactum. 6.

Iidem. AA. et CC. Helenæ.

Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis præfinitione de dolo replicare potes. S. Kal. Sept. Viminacii. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Replicationem omnem ut exceptionem perpetuam esse, quanvis ex ea caussa, ex qua actio nata esset temporalis: et cur: quod et exemplo declaratur.*

SEntentia est: si pactum creditoris intercessit, quo ille pactus est, ne a debitore peteret, et is adversus ejus pacti exceptionem replicationem doli habuit, ea replicatione uti poterit sine præfinitione temporis, idest, perpetuo; idque in exceptione, idest, in quæstione de potestate exceptionis, seu in quæstione, in qua quæritur, an exceptio pacti illi nocere debeat, an non.

1 Quod † hanc significationem habet in summa: ut quemadmodum exceptio perpetua est, quanvis actio ex eadem caussa nata tempore finiatur, quod superiore tempore rescripto traditur, ubi et rationem reddidimus: ita et adversus exceptionem replicatio sit perpetua, quanvis sit replicatio doli, cujus nomine actio prodita non nisi intra annum utilem, ut olim: ut hodie, intra biennium continuum competit. L. *ult. supr. de dol.* Quod et ipsum eandem rationem habet. Ut enim non est in potestate rei quando cum eo agatur, et actioni exceptionem opponat: sic non est in potestate creditoris, quando reus exceptione utatur, ut adversus eam creditor se defendat replicatione utatur, ut adversus eum creditor se defendat replicatione. Finge hoc modo: creditori debentur centum mutua, aut ex stipulatu. Cum is heres esset, et ignoraret, quantum revera deberetur, debitor persuasit ei tantum quinquaginta se debere: quibus solutis impetravit a creditore, eodemque herede veri creditoris, ut pacisceretur, se nihil amplius a debitore petiturum. Dicemus, si creditor errore suo comperto, reliqua quinquaginta petat, quanvis post decem aut viginti annos id faciat, nihilominus recte petiturum: et si summoveatur pacti superioris exceptione, eum opposita doli replicatione exceptionem infirmaturum: nec illi obstuturum, quod post tam multos annos replicatione utatur, quia etsi actio de dolo temporalis sit; tamen exceptio doli sit perpetua. Quod si exceptio, etiam replicatio; quia replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones. L. 2. *D. eod.*

Ad L.

Ad L. Si ex majore. 7.

CReditor deceptus, aut errore suo inductus si paciscatur se a debitore suo nihil petiturum, quasi jam ab eo nihil deberetur, cum deberet: non prohibetur vetere actione experiri, quæ pacto non est remissa. Cui si objicietur pacti exceptio, replicatione doli recte se tuebitur, et exceptionem elidet. *Instit. de repl.* Quam ad rem licet uti ea specie, quam in superiore rescripto modo retulimus.

Ad L. Præscriptionem. 8.

Iidem AA. et CC. Aurelio.

Præscriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet. S. XV. Kalend. Novembr. CC. Coss.

Ad L. Siquidem. 9.

Iidem. AA. et CC. Mutiano.

Siquidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac cofitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tum demum, cum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. S. III. Non. Nov. Burtadizi. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Exceptionem non esse necessariam, ubi licet tuto intentionem actoris negare.*
2. *Exceptionem initio esse contestandam.*
3. *Licere reo et intentionem negare, et simul opponere exceptionem, si de intentione dubitet.*
4. *Exceptionem tunc solum esse probandam, cum actor intentionem suam probaverit, si quidem et eam negaverat reus.*
5. Auth. at qui semel, *ad exceptionem in judicium deductum non pertinere.*
6. *Exceptionem sic contestandam esse initio, ut non contestatam non liceat reo postea opponere.*
7. L. peremptorias, C. sent. resc. non pos. *explicatur.*
8. *Dilatorias exceptiones ante litem contestatam opponi et decidi: et ad* L. pen. et ult. hoc tit.
9. L. exceptionem, C. de prob. *suæ integritati restituta, et explicata.*
10. *Fxceptiones initio esse contestandas, dictum de strictis judiciis: ad bonæ fidei judicia non pertinere: et hoc, quid sit.*

DE exceptione constituimus initio, eam esse defensionem, quæ actioni opponi debeat. L. 2. *D. de excep.* In ea hæ sunt partes rei qui exceptione utitur: ut exceptionem, velut intentionem probet. L. *in exceptionibus, D. de prob.* Circa hanc oppositionem et probationem quatuor quæsita sunt, quæ his duobus rescriptis deciduntur. Primum quæritur, an semper consultum sit reo exceptione uti, seu exceptionem opponere.
1 Monemur † hic in *L. si quidem in pr.* non semper esse consultum: non enim necesse esse tunc, cum falsa est intentio actoris, et scit reus eam ab actore probari non posse: quo casu sufficit reo ad omnem defensionem negare: ut, si actor dicat, se decem mutua dedisse, quod probare non possit: sufficit reo negare se accepisse, idque, ut dixi, ad omnem defensionem rei est satis. Nam actore non probante reus absolvitur, etsi nihil ipse præstiterit, idest, etsi neque exceptionem allegarit, neque allegatam probaverit, *L. qui accusare, sup. de eden.* Quod si actor aut intentionem probare potest, aut dubitat reus, an

an possit: hic demum consultum est exceptione se tueri.

2 Secundo loco quæritur, † si exceptio opponenda est ad defensionem rei, quando opponi debeat. Et placet his rescriptis, initio esse opponendam, denique exceptionem contestandam esse, ut si initio exceptionis contestatio habita non sit, sed reus tantum negaverit se debere: non possit postea eandem exceptionem in judicio opponere: quod quam verum sit, quia paulo obscurius est, quibus in judiciis valeat, amplius postea seorsim dicemus.

3 Tertio † loco quæritur, quomodo exceptio opponenda sit: an ita, ut reus de intentione adversarii confessus exceptione utatur: an ut simul et negare possit intentionem adversarii, et exceptionem opponere. Et placet, eum alterutrum facere posse, prout sibi expedire existimabit. Id autem sic expediet, ut si sciet veram esse intentionem adversarii: ultro de ea confiteatur, et recta exceptione utatur: sin ignorabit, aut de eo ambiget, tum et neget intentionem, et ne forte vera postea probetur, exceptionem opponat: ut puta, si ei decem mutua data sint, de quibus actor probare possit, et ea ab eo petantur: recte ita dicet, fateor me decem mutuo a te accepisse, sed postea ita inter nos transactum est, ne amplius ita peteres. Quod si de intentione actoris dubitabit, hic recte faciet, si primo neget, pecuniam mutuo datam esse: deinde exceptionem subjiciat, ut dicat hoc modo: etsi decem mutuo dederis, tamen de ea re inter nos postea transactum est.

Postremo quæritur, † exceptionem oppositam quando reus probare debeat: an statim
4 ab initio, quemadmodum ab initio exceptio opponenda est, an autem postea, De hac re distinguitur in L. *siquidem, hic*: ut si reus de intentione actoris confessus exceptionem pacti opposuit, de exceptione statim quæri et probari oporteat. Non enim debet reus probationem intentionis exigere, de qua ultro confitetur, Confessi in jure, in eo, quod confitentur, pro iudicatis habentur. L. *unica supr. de confes.* Quod si reus negaverit primo intentionem, et præterea exceptionem objecerit: hic probationis ordo est, ut actor prius intentionem suam probare debeat, nec ante reus debeat probare exceptionem, quam actor de intentione probarit: quo fit, ut interim exceptio opposita omitti possit, idest, differri: quæ interim ab initio omissa postea opponi ad disceptationem possit quandoque ante sententiam. Hoc in extremo L. *siquidem*, et ea pars est potissimum, quæ est expressa L. *præscriptionem, hic*. Huic † parti 5
opponitur *auth. at qui semel, sup. de prob.* ubi cautum est, si reus cognoverit intentionem, et in intentione probationem adversarii, eum amplius testes producere non posse, ne postea aliquid falsi in judicio moliatur. Cui constitutioni consequens est: ut cognitis et publicatis testimoniis adversarii, non possit reus exceptione uti, quia exceptio sit ei inutilis, nisi in eam testes producat: quod illum facere constitutio prohibet. Sed animadvertendum est hæc in illa *auth.* recte dici de ea exceptione, quæ in judicium deducta non sit. Quod si qua exceptio in judicium deducta sit litis contestatione, hæc ad constitutionem Justiniani non pertinet: non enim metuimus in ea periculum subornationis, cum jam ab initio judicii reus testatus sit se hac exceptione uti velle.

Illud † in his præcipua animadversione indiget, quod supra posui, exceptionem initio 6
in lite contestanda opponendam esse, et ut his rescriptis dicitur, *exceptionis contestationem esse habendam.* Hoc enim eam vim habet, ut si exceptio contestata non sit a reo, qui prius inficiatus sit se debere, is eam postea in eo judicio opponere non possit. Atqui ea sententia vulgo veterum interpretum non agnoscitur. Quare ne de ea dubitetur, recte fuerimus, si eam paucis adstruamus. Probatur vero non obscure tribus his rescriptis, quæ subjicio. Primum *L. siquidem, hic* ubi dicitur, *habita exceptionis contestatione*, deinde suo tempore monstrandum huic exceptioni locum esse. Hæc verba, *habita exceptionis contestatione*, hoc exprimunt, si exceptionis contestatio habita sit.

Verum est enim, quod vulgo dicitur, ablativos absolutos in conditionem resolvi. Ut, heres acceptis centum nummis hereditatem Titio restituas, perinde valet, ac si dictum esset, restituas, si centum nummos acceperis. *L. a testatore*, D. *de cond. et dem.* Probatur præterea L. *præscriptionem, hic. et L. emptor.* 9. *supr. de præscript. long. temp.* quorum locorum in utroque scriptum est, exceptionum peremptoriarum contestationem haberi sufficere. Hæc verba, *contestationem exceptionis haberi sufficit*, duo continent: primum exceptionis contestationem saltem haberi oportere: alterum, si exceptio contestata sit, nihil amplius requiri, idest, non requiri statim exceptionis probationem: nam hæc, ut declaratur in hac L. *præscriptionem, et* L. *siquidem*, contestata omitti potest, donec actor probaverit. Esse autem istam significationem superiorum verborum,

ar-

argumento hæc sunt. In L. 1. §. *ult. D. de pec. const.* ita scriptum est: *debitum autem ad constituendam obligationem vel natura sufficit.* His verbis hoc declaratur, si quid debeatur etiam natura, id recte constitui: sed tamen saltem natura debitum esse oportere. Item in *L. nam sufficit, D. de dolo*, cum dicitur, *nam sufficit perjurii pœna:* hoc dici intelligunt omnes, pœnam quidem perjurii statutam esse adversus eum, qui perjurio suo adversarium decepit: sed cum hæc pœna præstita erit, nihil amplius statui debere adversus eum, qui pejeravit. Præter hæc confirmatur hæc sententia evidenti ratione juris et veteris et novi. Jus vetus ita est, ut extra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non possit. L. *ut fundus, D. comm. dividun.* Nihil autem deducitur in judicium, nisi quod litis contestatione deducitur. L. *unica*, *supr. de litis contestat.* Quare de nulla exceptione judex cognoscere potest, nisi quæ litis contestatione in judicium deducta fuerit. Unde et quædam judicia stricta sunt appellata. §. *actionum autem*, *Institut. de act.* Ideo enim stricta, quia judex adstrictus sit formulæ judicii, idest, iis rebus, de quibus lis contestata est, et quæ per eam contestationem judicio sunt subjectæ, ut viri eruditi omnes consentiunt: quod primus diligenter et erudite disseruit Franciscus Duarenus in commentario *de in litem jurando.* Sed et jus novum ex Novell. Justiniani idem efficere videtur, nempe *authent. at qui semel*, *supr. de prob.* ubi ut supra dixi, Justinianus vetat cognitis testimoniis actoris, ne reus testes producat in eam caussam, ne scilicet aliquid falsi moliatur. Perspicuum est huic suscipioni affinem tantum esse eum, qui cum ab initio negasset se debere, et postea convictus esset probatione actoris: tandem confugit ad falsam exceptionem, ad quam probandam facile testes subornare potuit: hanc autem suspicionem non cadere in eum, qui jam ab initio exceptione opposita, ea se uti velle ostenderit.

7 Sed † huic sententiæ opponitur *L. peremptorias*, *sup. sentent. rescin. non poss.* ubi diserte scriptum est; exceptiones peremptorias ab initio omissas postea quandoque ante sententiam opponi posse. Respondeo: Initio omissas exceptiones illic accipiendas esse, non quæ initio prætermissæ sint, idest, quarum nulla mentio facta sit a reo: sed quæ contestatæ, postea omissæ, idest, dilatæ sunt ad probationem et disceptationem. De quo ne dubitemus, id ita interpretantur, *et L. præscriptionem*, *et L. siquidem*, in quibus nunc versamur: præcipue *L. præscriptionem*, in qua cum dicitur, *exceptionem peremptoriam contestari debere, et nihilominus initio omitti posse*: plusquam manifestum est omitti eam dici, cujus probatio et disceptatio omittitur, idest, differtur. Differtur autem in id tempus, donec actor intentionem suam probaverit: quod posterius rursum diserte comprehensum est in L. *siquidem.* In locis autem ambiguis et obscuris interpretandis hæc lex nobis posita esse debet, ut unus locus per tres; obscuri per dilucide scriptos interpretationem accipere debeant: quod præpostere fit ab interpretibus, qui tres illos locos, et illas rationes, quas adduxi, evertere conantur uno loco, et eo ambigue scripto. Postremo eidem sententiæ opponitur exemplum dilatoriarum exceptionum.

Nam † hæc nominatim jubentur opponi 8
initio, ac prætermissæ negantur postea opponi posse in L. *pen.* L. *ult. hic.* Cur hoc de dilatoriis dicitur, si non est earum proprium? An non inepte, si æque ad omnes etiam peremptorias pertinet? Sane vero proprie de exceptionibus dilatoriis dictum esse concedo, quod utraque illa lege dicitur. Sed non eo minus verum est exceptiones peremptorias initio esse contestandas. Observandum est enim in superioribus legibus non dici, exeptiones dilatorias initio in lite contestanda esse opponendas, sed inter exordia, item initio litis: quod sic intelligendum est: cum lis esse cœpit in judicio de re aliqua: veruntamen ante litem contestatam. Sic enim omnium exceptionum hujus generis conditio est, ut ante litem contestatam opponi et decidi debeant, ut declaratur exemplis in his locis, *L. ita, sup. de procur.* L. *Pomponius*, §. *ult. D. de procur.* L. *sed etsi suscepit*, *in princ.* D. *de jud.* Unde et dilatoriæ dictæ, quod judicium differant. §. *appellantur*, *Inst. eod.* Nihil horum nunc dicimus in exceptionibus peremptoriis: Hæ initio opponendæ sunt, sed in lite contestanda, ac per litis contestationem in judicium deducendæ. Sed et deductæ, non statim decidendæ sunt, sed omitti possunt, neque necesse est probare ante, quam actor intentionem suam probaverit. *L. siquidem hic.* Sed nihil agitur, dicat aliquis, his defensionibus. His † enim omnibus 9
objicitur. *L. exceptionem*, *sup. de probat.* ubi diserte de exceptione non quavis, sed nominatim dilatoria hoc exigitur, ut opponatur quidem ab initio: probari autem, postquam actor probaverit quod asseverat, oporteat. Vult ergo lex eam opponi in lite contestanda, et litis contestationem in judicium de-

deduci: cum ejus probationem in judicium ipsum, quo reus de intentione sua probaverit, differat. Id quod, si hujus exceptionis proprium est, fatendum est, diversum jus esse in exceptione peremptoria: et in eo diversum, ut possit quidem hæc exceptio initio in lite contestanda opponi, ut postea probetur, sed non sit necesse. Quod sane ita se habet, si recte legitur is locus de exceptione dilatoria. Mihi autem certum est eum locum corruptum esse, et pro *exceptionem dilatoriam*, legendum, *exceptionem peremptoriam*, ut fit eadem sententia, quæ *L. præscriptionem*, *hic.* Non posse autem superiorem definitionem de exceptione dilatoria constare, sic evidenter potest demonstrari. Primum omnium interpretum consensu exceptiones omnes dilatoriæ, quæ sunt aut ex persona actoris, aut ex persona judicis, aut de jurisdictione et foro competenti: hæ, inquam, omnes nemine refragante ante litis contestationem proponi et probari debent. dicta L. *Pomponius*, §. *ult.* D. *de proc.* L. *sed etsi suscepit*, *in princ. D. de jud.* Solum agnoscunt omnes definitioni *L. exceptionem*, locum esse in exceptione dilatoria solutionis, cum creditor pactus est se in quinquennium non petiturum. Sed frustra: nam hæc quoque initio opponenda et decidenda est. Dicitur enim judicium differre in §. *appellantur, Instit. eod.*

Quod si differt, non potest in eo judicio probari tunc, cum actor intentionem suam probaverit: non enim difertur judicium, quod susceptum et constitutum est. Præterea si in stipulatione ab initio dies adjectus sit, ut si promissus sit fundus post tres annos, siquidem creditor fundum ante petat, debitor dicat diem stipulationi adjectum esse, actor autem probet non esse adjectum prolato instrumento stipulationis: apparet eodem tempore hanc exceptionem opponi, et de ea disceptari. Quod si ab initio quid pure promissum sit, deinde creditor pactus, ne ante diem certum peteret, si hanc exceptionem opponit reus confessus ante de intentione actoris, constat eum statim exceptionem probare debere, dicta *L. siquidem.* Quamobrem cum nulla sit exceptio dilatoria, quæ probari debet tunc, cum actor intentionem suam probaverit: omnimodo falsum est, exceptionem dilatoriam istam sententiam admittere. Postremo repugnat aperte definitio exceptionis dilatoriæ. Dilatoria dicitur, quæ judicium differt: dicto §. *appellantur*, *Institut. eod.* Non differtur autem judicium, si lis cum actore contestatur, et post eam contestationem actor intentionem suam probare cogitur.

Non est ergo dilatoria exceptio, quia opposita actor intentionem suam isto modo ante probare cogitur. Quod si verum est, non dubitabimus affirmare, quod supra dixi, L. *exceptionem*, *supr. de prob.* de exceptione peremptoria scriptum esse: de ea illic eandem sententiam comprehensam, quæ in *L. præscriptionem*, *hic*, sed definitione aliis verbis paulo dilucidius explicante id, quod erat obscurius in L. *præscriptionem.* Hoc † jure 10
constituto de peremptoriis exceptionibus initio opponendis et contestandis: reliquum est, ut moneamus, quibus in judiciis id locum habeat. Etsi igitur hæc rescripta duo, et similia superiora generaliter scripta sunt, et exceptionum peremptoriarum contestationem sine ullo discrimine judiciorum exigant, sciendum tamen pro natura judiciorum id ita accipi debere, nisi si pro natura judicii non sit necesse exceptionem initio contestari: quia alioqui ex ipsis verbis judiciis satis intelligatur eam judicii constitutioni inesse, ut accidit in judiciis bonæ fidei. Et hoc est in summa: quod superioribus rescriptis exceptionis contestatio exigitur, in strictis judiciis tantum valet, in quibus potestas judicis constitutioni judicii, idest, litis contestationi adstricta est: ad bonæ fidei judicia non pertinet: de quibus ita a veteribus traditum est, exceptiones bonæ fidei judiciis inesse, bonæ fidei judiciis contineri. L. 3. D. *de rescin. ven.* *L. hujusmodi*, §. *qui servum*, *D. de legat.* 1. *L. sed etsi*, *D. sol. mat.* dum hoc intelligi volunt: quanvis initio litis contestatione aperte in judicium deductæ non sint, non eo minus tacite judicio contineri, ut convicto postea reo liceat ei quandoque eas judicio opponere: idque ex judiciorum natura, quæ cum in bonam fidem concepta sint: his ipsis verbis admittunt omnem defensionem, propter quam non sit æquum reum condemnari. Quod totum jus quale esset, exposui copiosius, ut in loco, *ad* §. *actiones autem*, *num.* 27. *et* 32. *Inst. de act.* Inde peti velim, si quis hic amplius desiderabit.

Ad L.

Ad L. Non exceptionibus. 10.

QUid sit, quod hic traditur, reis exceptionem, actoribus replicationem tribui, qua illi defensionem, hi intentionem suam muniant, docemur *Inst. tit. de replic. L.* 2. *D. de exc.*

Ad L. Defensiones. 11.

Hunc locum interpretatur L. *exceptiones* 7. *D. eod.*

Ad L. pen. et ult.

Vide, quæ diximus ad *L. præscriptionem*, et L. *siquidem*, *seq. in fin. supra.*

AD TITULUM XXXVIII.

COD. DE CONTRAHENDA ET COMMITTENDA STIPULATIONE.

LOcus de contrahenda stipulatione est is, in quo quæritur, quomodo contrahatur, seu quibus rebus constet, et perficiatur stipulatio. Locus de committenda stipulatione est is, in quo quæritur de vi et effectu stipulationis contractæ. Dicitur enim stipulatio tunc committi, cum in ea caussa esse incipit, ut ex ea agi possit §. *sub conditione*, *Inst. de ver. obl.* cujus verbi vim exposui ad L. 4. §. *Cato*, D. *de verb. obl.* Effectus autem stipulationis positus est in obligatione verborum, quæ inde nascitur, et in actione ejus obligationis propria. In quo hæc insunt: quid hinc peti possit, quantum, quando, et ubi; quæ inde actio, cui hæc detur, et adversus quos, tum quatenus. De quibus omnibus scripsi accurate, ut quisque locus se dedit, in commentariis ad titulum *de verb. obl. D.* Inde sumere licebit, quæ ad utriusque partis, et hujus tituli explicationem pertinent.

AD TITULUM XXXIX.

COD. DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

QUI norit, quas res desideret, ut perficiatur stipulatio, idem eadem opera, quæ sint utiles quæque inutiles stipulationes, noverit. Ea enim est utilis, quæ jure perfecta est, concurrentibus videlicet iis rebus, quæ ad vim stipulationis jus desiderat. In qua autem aliquid earum rerum deest, ea est inutilis. Et hunc locum totum simul et in eo omnium rescriptorum hujus tituli argumentum et sententiam tractavi diligenter suis quæque locis ad titulum *de verb. obl. D.*

AD TITULUM XL.

COD. DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

CAP. I.

Cur inventi duo rei stipulandi, et promittendi. Reus quis.

SUMMARIA.

1. *Duo reos tam stipulandi, quam promittendi ad cautionem creditorum esse inventos: et in quo sit hæc cautio.*

2. *Plures ejusdem rei stipulatores cur rei dicti: quid hoc verbo contineatur.*

QUæstionem de duobus reis stipulandi et promittendi cum argumento communi de stipulatione, ac verborum obligationibus conjunctam, omissam tamen a me in Pandectis, visum est hoc loco, ubi se occasio dat, exsequi; sed plenius propter utilitatem et difficultatem: ut sit tractatio, quæ totam hujus quæstionis, itemque utriusque tituli de duobus reis, tam qui in Pandectis est, quam qui hoc loco, explicationem complectatur. Quam ad rem cum methodo esset opus, tantum adhibui, quantum huic cogni-
1 tioni convenire videbatur. Duos † reos stipulandi et promittendi peperit creditorum utilitas, id agentium, ut in eo quod debetur, tutius sibi cautum sit. Est enim in his constituendis ea cautio sita quam dicimus. Ea autem cautio est hujusmodi. Etenim sive stipulator, idemque verus creditor alium adhibet, qui idem stipuletur, hic ita fiunt ejusdem rei duo creditores, ut his constitutis multo facilius verus creditor ad suum perveniat, quia sive unus ex stipulatoribus absit, vel ei non liceat rem persequi, est alter, qui persequatur; sive unus est creditor tantum, et is uno promissore non contentus alium adjungendum curat, qui principaliter idem promittat: hoc modo id consequitur, ut pro uno habeat duos debitores, quorum ab uno si quid facile consequi non possit vel propter ejus inopiam, vel propter potentiam, vel propter ingenium contentionum amans, id ab altero possit obtinere. Qui plures eandem rem stipulantur, stipulandi rei: qui plures eandem rem principaliter promittunt, rei promittendi appellantur. *L.* 1. *D. hoc tit.* Nam † quod reos usitato more lo- 2
quendi intelligimus tantum eos, qui debent, et cum quibus judicio agitur, ut cum dicimus, favorabiliores esse reos, quam actores. L. *favorabiliores*, *D. de reg. jur.* item, æquum esse eum, qui acturus, est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere debeat. L. 1. *D. de eden.* usu obtinuit propter excellentiam: quia qui in crimen, aut aliud quodvis judicium vocantur, eorum res præcipue in judicio agitur: ut quibus solis immineat periculum condemnationis. Sed tamen et is, qui agit, non minus recte dicatur reus, si verbi originem et proprietatem spectemus. Dictus est enim reus a re, ut sit is, cujus de re agitur: sicque reos veteribus dictos omnes, quorum de re disceptatur, auctor est Cicero *lib.* 2. *de Orat.* Ex adjuncto discernitur significatio: ut cum dicimus reum stipulandi, aut promittendi. Neque enim aut illic promissorem, aut hic stipulatorem intelligere possumus.

CAP. II.

CAP. II.

Cur de duobus reis stipulandi et promittendi agatur seorsim a reliquis stipulatoribus et promissoribus.

SUMMARIUM.

1. *Partitio hujus tractatus, et summa.*

IN his reis si sequeremur regulam juris de iis, qui quid stipulati sunt, aut promiserunt, non erat, cur ageretur de his separatim. Nunc autem est in his aliquid proprium, quod a jure reliquorum stipulatorum et promissorum longe dissidet. Eo quidnam id sit, separatim exquiritur. Et quidem secundum communes regulas juris hoc jus in hac specie futurum erat, ut cum duo stipulati essent, uterque etiam exigendi jus haberet, nec quod uni solutum esset, id noceret alteri, cum utrique deberetur. Vice versa, et si quid duo promisissent, ita uterque promissum exsolveret, quia non aliter liberatur quisque, quam si debita pecunia soluta sit, aut eo nomine satisfactum. L. *si rem*, §. *omnis*, *D. de pig. act.* Nunc autem una hic obligatio est, una res, quæ debeatur. Ex † quo quid consequatur, videndum est. 1
Primum igitur, qui sint duo rei tum stipulandi, tum promittendi, dicatur. Deinde quomodo constituantur. Tum quid sit illud, quod horum proprium dicimus. Postremo an ut rei duo pluresve stipulandi, aut promittendi fieri possunt, ita possitne et ex aliis caussis plures constitui rei credendi, debendive.

CAP. III.

Duo rei stipulandi qui, et quomodo constituantur.

SUMMARIA.

1 *Duo rei stipulandi, qui.*
2. *Duorum reorum stipulandi ita jus esse, ut rem eandem stipulentur, non diversas.*
3. L. si id quod, D. de duob. reis *explicatur.*
4. *Ut stipulentur rem unam ab uno promissore, non a diversis.*
5. *Ut stipulentur singuli rem in solidum, non ejusdem rei partes.*
6. *Ut stipulentur singuli solidum ita, ut tamen res una tantum in obligatione versetur, et unde id actum intelligatur.*

1 ET duo rei stipulandi † recte definiuntur hoc modo, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quanvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Ita extra stipulationem, quæ omnium stipulantium communis est, quatuor sunt, quæ proprie duos reos stipulandi constituunt: si eandem rem stipulentur omnes, si ab eodem, si solidam singuli, si ita solidam, ut tamen una res versetur in utrius-
2 que obligatione. Hoc † ergo primum in obligatione duorum reorum stipulandi, ut ambo rem eandem stipulati sint, quo scilicet debeatur singulis una et eadem, §. *pen. Inst. eod.* ut loquitur Papinianus, ut ab utroque par ejusdem rei, non impar rerum diversarum suscepta sit obligatio. L. *eandem*, §. *penult. D. eod.* Quocunque ergo modo res diversæ a duobus in stipulationem deductæ erunt, sive verbis aperte, sive tacite et vi ipsa, etiamsi maxime convenerit, ut duo rei essent; tamen duo rei non erunt; quos convenit duos ejusdem rei reos intelligi. Et de eo quidam nemo dubitat, quin duo rei stipulandi non sint, si unus stipulatus sit a Sejo Stichum, alter ab eodem Sejo Stichi æstimationem, quanvis placuerit inter contrahentes, ut duo rei essent. Ipsa enim conceptio stipulationis diversas res in obligationem deductas satis ostendit. Sed plus dicimus:

mus: etsi proponas duos verbis stipulationis eandem rem stipulatos; si tamen quod stipulati sunt, re ipsa in singulis personis proprium intelligetur, ut loquitur Cajus, idest, tale erit, ut in singulis aliud, atque aliud
3 intelligatur, duo rei non erunt. Hoc † Cajus in *L. si id*, *quod*, *D. eod.* Quod in his exemplis accidere docet, si stipulati sint duo ab eodem fundi Tusculani usumfructum, stipulati eadem conceptione decem dotis nomine: negat cum Juliano in his duos reos stipulandi constitui posse, etsi verbis ejusdem rei ususfructus, et eadem summa continetur. Merito: Verbis enim hæc eadem sunt; re autem ipsa pro persona cujusque reorum distinguuntur: ut in singulis alius atque alius ususfructus, alia atque alia dos efficiatur. Ususfructus enim in utrius persona constituetur, personæ illius proprius futurus est, ut nec ad alium possit transire, quin alius esse incipiat. Indicio est, quod cum vita ejus durat, et morte ejus, aut alienatione exstinguitur. §. *finitur*, *Instit. de usufr.* Quod si voluntate domini ad alium transferas, jam hic alius erit ususfructus, qui rursum cum persona ejus aut duret, aut exstinguatur. Et quis nescit non eandem personam esse utriusque, sed alium alio citius mori posse, aut diutius vivere? Eadem ratio dotis: quæ cum constituatur pro matrimonio nec dos sit, *L.* 3. D. *de jur. dot.* non potest, qui ut in utriusque stipulantis persona aliud, atque aliud matrimonium est; alius, atque alius maritus, ita etiam alia, atque alia dos in singulorum persona intelligatur. Sic et cum Titius et Sejus decem, aut Stichum, qui Titii, sit stipulati sunt, negant iidem videri eos duos reos stipulandi: hac ratione, quod Titio decem tantum; Sejo Stichus, aut decem debeantur, idest aliud, dicta L. *si id*, *D. hoc tit.* Ex quibus hoc eveniet, ut cum promissor in prima specie uni ex stipulatoribus usumfructum dederit: in secunda autem uni dederit decem dotis nomine; nihilominus alteri dare debeat: nec quod contigerit in unius persona, id alteri prosit, aut noceat. Quod ad tertiam speciem attinet, de ea ita scribit Cajus in *d.* L. *si id*, ut fateatur Titium et Sejum in Sticho qui Titii sit, reos stipulandi non esse, ut si is solvatur Sejo, nihilominus Titio decem debeantur: sed putet reos esse in decem, idque eo pertinere, ut si promissor alterutri decem solverit, ab altero liberetur.
4 Volumus † præterea, ut duo rei stipulandi fiant, ita duos stipulari eandem rem, ut stipulentur ab eodem. *Inst. eod. in pr.* Si stipulentur a diversis, puta Primus a Sejo Stichum; Secundus eundem Stichum, sed a Sempronio, duo rei stipulandi intelligi non possunt: sive quod singuli velint in solidum et conjunctim eandem rem sibi dari: in quo continentur res duæ, Stichus, et ejus Stichi æstimatio: sive quod etsi actum sit, ut alterutro promissorum stipulatori suo solvente, alter quoque a suo liberetur: tamen personæ stipulatorum et promissorum diversæ diversas quoque et proprias obligationes inter stipulatores et promissores efficiunt. Nunc autem in duobus reis stipulandi unam obligationem esse oportet, §. *pen. Inst. eod.*

Sed et duo † rei stipulandi eandem rem 5
a promissore ita stipulari debent, ut stipulentur singuli solidum, non ejus rei partes, quo et singulis solidum debeatur: quod est proprium duorum reorum, §. *pen. Inst. eod.* L. 2. *D. eod.* Qua ratione placet, si duo conjunctim eandem rem, aut eandem summam stipulentur, duos reos stipulandi non esse, quia divisa pro numero personarum stipulatione videantur singuli partem virilem esse stipulati: nisi adjectum sit, ut duo rei stipulandi essent, ut hoc modo velint videri singuli solidum stipulati esse, *L. reos*, §. 1. *D. eod.*

Postremo, † ita volumus singulos stipu- 6
lari ab eodem rem unam et in solidum, ut tamen debeatur una omnibus, quæ sola versetur in utriusque obligatione, *d.* §. *pen. Inst. eod.* De quo si aperte convenit, quæstio sublata est. Ita enim fient duo rei stipulandi, ut nihil quæramus, utrum stipulantibus duobus eandem rem promissor simul ambobus responderit, ut proponitur exemplum *Instit. eod. in princ.* an vero singulis separatim interrogantibus separatim et ipse responderit. In re enim certa ineptum est voluntatis et facti conjecturas quærere, *L. continuus*, §. *cum ita*, *in fin. D. de verb. obligat.* Quod si de eo nihil dictum sit, intelligemus id tum agi videri: proinde et hac parte duos reos stipulandi fieri ita, ut describitur *Instit. eod. tit. in princ.* cum post omnium interrogationem promissor non separatim, sed semel stipulantibus respondet hoc modo: *utrique vestrum dare spondeo.* Nam si, inquit Justinianus, prius Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia, atque alia erit obligatio, nempe ut in diversis et distinctis stipulationibus.

CAP. IV.

CAP. IV.

Duo rei promittendi qui, et quomodo fiant.

SUMMARIA.

1. *Duo rei promittendi, qui.*
2. *Duos reos promittendi non esse, sive unus aliam rem promittat, sive promittat eandem, sed aliquid in re aut minus, aut amplius.*
3. *Diversitatem obligationis, quæ in re promissa non sit, duorum reorum promittendi constitutioni non obstare.*
4. *Duorum reorum promittendi jus esse, ut uni stipulanti idem promittant, non singuli singulis.*
5. *Ut promittant singuli solidum, et quando id fecisse intelligantur, et num.* 6.
6. *Ut promittant ita, ut una res in obligatione versetur, et quando id agi videatur.*
7. *Duos separatim respondentes alia ita duos reos fieri, si statim respondeant; interdum etsi ex intervallo, et quando horum utrumque, et quamobrem.*
8. L. 3. in prin. D. de duob. reis, *exposita.*
9. *Duos reos promittendi non aliter fieri quam si ambo idem et in solidum promittentes, etiam promittant principaliter.*

1 DUO rei promittendi sunt, † quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum et principaliter promiserunt eadem mente, qua superiores: ut quanvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *d. L.* 2. *L.* 3. §. *ult.* D. *eod.* §. *pen. Inst. eod.* Itaque cætera in re promissa cum duobus reis stipulandi communia, ut eandem rem omnes uni promittant, ut solidam, ut ea mente, quo una res tantum versetur in utriusque obligatione. Illud amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant prin-
2 cipaliter. Primum † a singulis rem per omnia eandem promitti oportet, ut neque aliam unus promittat, neque ita eandem, ut promittat amplius. Quocunque modo impar in re obligatio a duobus suscepta erit, placet duos reos non esse: veluti, si duo Stichum promittant, sed nominatim caveatur ab uno, ut negligentiam quoque in ea re, aut casum præstet: quæ duo ab altero promissore jure non præstantur. *L. si servum, in pr. D. de verb. obl.* Hoc Papinianus in deposito ita confirmat in *L. eandem*, §. 1. D. eod. *Si quis, inquit, in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque præstetur* (quæ alioqui in deposito non præstatur sine conventione, L. 1. §. *si convenit*, §. *sæpe. D. de pos.*) *verius est, non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio.* Sed hoc ita, si initio ita convenit, unde subjicit: *Non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quæ in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quæ duos initio reos fecit, mutare non potest.* Hæc ille, uno exemplo in aliis contractibus omnibus idem confirmans. Ex hac re est, quod si duo fabri eandem insulam fieri promittant: placet non aliter duos reos promittendi fieri, quam si fabri ejusdem peritiæ fuerint. L. 5. *D. eod.* Tum enim scilicet easdem operas promittere intelliguntur: alioqui diversas, cum inter artifices longa sit differentia, L. *inter*, *D. de sol.* Sed in re, inquam, promissa parem duorum reorum promittendi obligationem esse volumus. Quæ si erit: † aliis in rebus di- 3
versitas obligationis duorum reorum costitutioni non obstabit: puta in vi obligationis, itemque in circumstantiis dandi. Et ideo quanvis a Titio et pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel a Titio, et a servo, ubi neque pupillus, neque servus obligantur, nisi naturaliter: placet tamen quasi duos reos constitui, *L. si ex duobus*, §. *ult. D. eod.* Similiter et ex duobus reis promittendi alium in diem, vel sub conditione, alium pure recte accipi placuit, L. *ex duobus*, 7. D. *eod.* §. *ult. Inst. eod.* Quippe cum dies venerit, eadem per omnia obligatio futura est. Quo recepto, etiam illud Papiniani consequens fuit: ut si, *cum duos reos promittendi facerem, ex diversis locis Capuæ pecuniam dari stipulatus sim, et duo rei sint, et ex persona cujusque ratio proprii temporis habeatur*: hoc ille in L. *eandem*, §. *ult. eod.* Quod hanc significationem habet, ut non ante uterque Capuæ conveniri possit, aut arbitraria actione alibi, quam tantum temporis præterierit, intra quod ex eo loco, ex quo uterque se daturum promisit, Capuam pervenire posset. Id, ut dixi, superiori consequens est: quia loca

loca temporis dilationem adferunt, intra quod eo possit perveniri: ut ex remotioribus locis longiore die, ex minus remotis citeriore deberi intelligatur. L. *interdum*, *D. de verb. obligat.* §. *loca*, *Inst. de verb. obl.* Non idem probaremus, si duo non ex diversis locis, sed diversis locis se daturos promisissent, puta unus Capuæ, alter Ephesi. Nam cum in utriusque obligationem veniat utilitas loci, L. 2. D. *de eo*, *quod cer. loc.* eaque ipsa non sit eadem: L. 3. D. *eod* perspicuum est, diversis locis in utriusque persona ad dandum constitutis parem ab utroque non suscipi obligationem.

4 Uni † stipulanti duos promittere debere, ut duo rei promittendi fiant, jam effectum est: cum si ex duobus promissoribus singuli singulis stipulantibus promittant, pro numero stipulantium et promittentium, aliæ, atque aliæ stipulationes et obligationes fiant; in duobus autem reis promittendi versatur una tantum obligatio. *L.* 3. §. *ult. D. eod.*

5 Sed † et singuli promittendi rei ita eandem rem promittere debent, ut promittant singuli in solidum. L. 2. L. 3. §. *ult. D. eod.* Unde etsi duo de decem interrogati conjunctim respondeant: placet ideo duos reos non esse; quia pro numero personarum divisa obligatione videantur singuli non decem tota, sed partes viriles spopondisse. *d.* L. *reos*, §. 1. D. *eod. L. cui fundus*, *D. de cond. et dem.* L. 1. *supr. si plu. una sent. fu. cond.*

6 Est † etiam similiter, ut in duobus reis stipulandi, hoc proprium duorum reorum promittendi, ut dum eandem rem in solidum singuli promittunt, id agatur, ut nihilominus rem unam omnes debeant, quo hac quoque parte dici possit in utraque obligatione rem unam versari. §. *penult. Inst. eod.* Quod et ipsum agi unde intelligatur, cognoscendum est. Quod apud Justinianum sub eodem titulo explicatur, cum ex forma conceptionis verborum docet, quomodo duo rei promittendi fiant, ut et in duobus reis stipulandi prius fecerat. Indicat igitur, duos reos promittendi fieri hoc modo, cum separatim interrogati de eadem re tota danda, respondent singuli separatim, *spondeo.* Et quidem separatim interrogari oportet ob eam caussam, quam supra reddimus. Quod si stipulator conjunctim ita roget, centum dare spondetis? partes viriles a singulis stipulatus videtur, *d.* L. *reos*, §. 1. *D. eod.* Plane si aperte hoc agatur, ut sint duo rei promittendi, nihil nocebit et conjunctim interrogatos esse: cum, ut dixi, semper etiam in stipulationibus si quid obscuri est, id sequamur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus*, D. *de regul. jur.* In quam sententiam accipi debet, quod dicitur in L. 4. *D. eod.* duos reos promittendi recte obligari, non tantum si separatim interrogati, *spondes?* respondissent? *spondemus*; sed etiam si ita interrogati, *spondetis?* respondeant singuli, *spondeo.* Recte, inquam, cum duos reos promittendi fieri volumus, et hoc quæritur, an duos reos facere volentibus nihil noceat forma interrogandi superior. Cæterum simul interrogati, si nihil aliud proponitur de sententia contrahentium, de partibus singuli interrogati videntur: et interrogati dum simpliciter respondent, in eandem sententiam respondisse existimantur. §. *praeterea*, *Instit. de inutil. stipul.* Sed utrum separatim interrogati, spondeant et ipsi separatim, ut dicant singuli, *spondeo*, ut proponitur exemplum. *Inst. eod. tit.* §. 1. an vero conjunctim, ut dicant, *spondemus*, nihil interest. L. 3. *D. eod.* Merito: nam cum uni stipulanti duo spondent, quocunque modo id faciant, semper videntur in eandem conceptionem respondisse, dicto §. *præterea.* Solidum autem a singulis stipulator stipulatus est. Quare simpliciter respondentes etiam singuli in solidum respondisse videntur. Non idem fit, cum duobus reis stipulandi separatim interrogantibus promissor separatim singulis respondet: ubi ante negavimus, duos reos stipulandi constitui. Hoc ideo, quod responsum simplex ex interrogantis persona æstimatur: quæ res facit, ut cum duobus separatim stipulantibus promissor separatim respondet, pro singulorum stipulantium persona alia, atque alia stipulatio intelligatur.

Quanquam † autem illud præcipue constat, duos reos promittendi ita fieri, si separatim interrogati, respondeant etiam singuli separatim, *spondeo*: tamen adjiciendum est, hoc ita esse, dum respondeant ambo non ex intervallo; sed statim ita, ut inter utriusque responsum neque unus dies intercedat, neque in eodem die is actus, qui sit obligationi contrarius, ut præcipitur in L. *duos*, 6. §. *ult.* L. *si ex duobus* 12. *in pr. D. eod.* Non sane quia intervallum hoc quidquam ad reos ipsos inter se jungendos pertineat; sed quia cum uno statim respondente alter postero die, aut contrario actu interveniente respondet, intercedit hoc ipsum intervallum inter interrogationem stipulantis et istius promittentis responsionem: quod cum fit, stipulatio non valet, eoque nec posterior iste obligatur, *d.* L. *si ex duobus.* 7

Pla-

8 Plane † sic ex intervallo duo rei accipi possunt, si ambobus primo interrogatis unus statim respondeat; posterior autem ex intervallo accipiatur: atque hoc ipsum agatur, ut posteriore accepto duo rei fiant: quæ verba sunt L. 3. *in pr. D. eod.* At quomodo, quæret aliquis, posterior ex intervallo respondens reus fieri potest, cum si inter interrogationem stipulantis et responsionem promittentis unus dies intercedat: non consistat stipulatio? L. 1. §. 1. L. *continuus, in princ. D. de verb. oblig.* Et fatendum est eum, qui ex intervallo respondeat, non obligari, eoque nec reum promittendi fieri posse, quantumvis convenerit initio, aut postea, ut reus fieret: hæc enim conventio jus mutare non potest, atque hoc efficere, ut ubi jure stipulatio nulla est, ibi aliqua verborum obligatio intelligatur fuisse. Sed neque hoc negatur superioribus verbis. Non enim dicitur, posteriore reo post priorem respondente duos reos ex conventione fieri posse, si posterior ex intervallo respondeat, sed si posterior ex intervallo accipiatur. Sic posterior ex intervallo accipitur, si jure et cum effectu accipitur. Accipitur autem isto modo, si ex intervallo post priorem reum respondens iterum interrogetur a stipulatore, an eandem rem det, de qua prius interrogatus erat, et statim interroganti respondeat. Sic enim intervallum istud inter utriusque rei responsionem intercedet, non inter interrogationem stipulantis et promittentis responsionem. Inter quæ multum interest. Nam posterius inutilem stipulationem facit: nec potest quisquam unus esse ex reis, qui ex stipulatione ne reus quidem est. Prius duorum reorum constitutionem non impedit: ubi constet utrumque recte eandem rem promisisse, et stipulatione esse obligatum atque id actum, ut quanvis diversis temporibus accepti sint, tamen duo rei essent. Nisi quis ex jure vetere hic novationem metueret, ubi posterior id promittit, quod prior debebat, quasi nova persona interveniens novationem faceret. Sed non debet ibi timeri novatio, inquit Ulpianus in *d. L.* 3. *eod.* ubi id agitur, ut posterior non pro novatore, sed pro altero promittendi reo accipiatur: in quo aperte id agi intelligitur, ne ulla novatio fiat.

Ut † concurrant superiora omnia, idest, 9
ut duo uni stipulanti promittant, et eandem rem, et in solidum, et unam: nondum tamen satis ad duorum reorum promittendi constitutionem. Addendum est, si modo et hanc ipsam eandem rem promittant principaliter, ut fiant principales debendi rei. Nam et reus principalis et fidejussor, duo sunt, qui eandem obligationem et ejusdem rei, idque in solidum in se suscipiunt. Suscipiunt in commune et duo fidejussores. §. *si plures, Inst. de fid.* Neque tamen aut illi, aut hi sunt duo promittendi rei, cum fidejussores a reis promittendi, et appellationibus et jure multum distent, ut postea dicetur pluribus, cum quæremus, an duo rei vice mutua pro fidejussoribus habendi sint. Id autem et verbo ipso, et natura hujus obligationis satis admonemur. Nam reus in promissoribus dicitur is, qui principaliter quid promittit. L. *mora.* 88. *D. de verb. oblig. L. hi qui* 34. L. *cum his qui* 36. *et passim, D. de fid.* Unde intelligi debet, et duos reos esse, qui principaliter simul quid promittunt. Sed et duorum reorum promittendi sic constitutio est, ut tanquam in principali duorum debitorum obligatione, ita de eorum obligatione judicetur, §. *pen. Inst. eod. tit.* fidejussor autem omnis accessio est principalis obligationis, eademque sequitur, §. *si fidejussores, Instit. de fid.*

 CAP. V.

CAP. V.

Duorum reorum stipulandi jus quale, et quibus in rebus positum sit.

SUMMARIA.

1. *Reis stipulandi, singuli solidi petitionem esse.*
2. *Reis stipulandi singuli jus esse debitorem liberandi, ut debitor ab uno liberatus vel ipso jure, vel per exceptionem quamlibet, simul ab altero quoque liberetur.*
3. *Unum ex duobus reis stipulandi in obligatione communi posse alterius correi conditionem facere deteriorem, debitorem liberando: neque id pugnare cum æquitate naturali, quæ alterius detrahi vetat.*
4. *Uno ex duobus reis promittendi exceptione liberato, non item liberari alterum, et differentiæ ratio.*
5. *Unius ex stipulandi reis petitione, idest, litis contestatione totam tolli obligationem, et hoc quam sententiam et rationem habeat.*
6. *Unum ex duobus reis stipulandi sociis solutum recte accipere ad debitoris plenam liberationem: aliter autem debitorem liberando alteri socio non nocere: cur, et quam aliis locis convenienter.*

DUobus reis stipulandi promittendive constitutis, deinceps quid sit horum proprium, propter quod nunc de his separatim agitur, cognoscamus. Et duorum reorum stipulandi meminerimus summum hoc jus esse, quod comprehensum est in §. *pen. Instit. eod.* ut solidum debeatur singulis, sic tamen, ut in utraque obligatione res una versetur. Id singulis duas res tribuit, exigendi solidi potestatem, et promissorem in soli-
1 dum liberandi. Primum † ex hac caussa singulis solidi petitionem esse constat, L. 2. D. *eod. L si rem*, §. 1. D. *de novat.* Nam cui quid debetur, ei etiam eo nomine actio est, idest, jus id quod debetur judicio persequendi, *Inst. de act. in pr.* Singulis autem
2 solidum deberi posuimus. Sed † nec minus ex eadem caussa singulis promissorem liberandi jus est, quibuscunque modis creditor cui aliquid debetur, debitorem suum liberare potest. Nam et hic singuli creditores sunt, et singulis solidum debetur. Ergo uni recte solvetur, ut promissor ab altero quoque liberetur ea obligatione. §. *pen. Inst. eod.* Sed et citra solutionem quicunque modi sunt, quibus actio jure tolli, aut per exceptionem remitti potest, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non a se tantum liberabit, sed a cæteris quoque omnibus etiam invitis, et totam tollet obligationem: puta: si accepto ferat promissori, quod debetur: si novandi alium reum ab eo accipiat. *L. 2. D. eod. L. si rem*, §. 1. D. *de novat.* atque adeo si paciscatur tantum, ne a promissore petat. *L. si unus, in pr. D. de pact.* Qua ratione et ab uno ex duobus reis stipulandi delatum jusjurandum etiam alteri nocere placet. *L. in duobus, in pr. D. de jur.* In quibus si exceptio pacti et jurisjurandi adversus unum ex reis stipulandi fit promissori quæsita: eum adversus alterum quoque stipulandi reum liberat, dum ei eadem nocet exceptio. Dubitandum non est, quin et rei judicatæ exceptio promissori adversus unum ex reis stipulandi quæsita, dum unus agens judicio victus est, etiam promissori adversus alterum reum prosit, eumque similiter liberet. Quare et uno pecuniam offerente, si stipulator accipere sine justa caussa recusarit, eaque postea perierit, ut offerenti competit doli mali exceptio: *L. qui decem, D. de sol.* sic et alteri reo eadem exceptio dabitur. Quippe hæc omnia ita fierent, si unus esset tantum creditor, et una obligatio, *Inst. quibus modis toll. obligat. in pr.* L. *pactum*, *D. de pact.* Nunc autem in duobus reis stipulandi sic obligatio accipitur, quasi in singulis obligatio esset una, cum in utriusque obligatione una res versetur. Idque est, quod Venulejus definit in dicta L. *si rem*, §. 1. *D. de novat.* unumquemque ex reis stipulandi perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset: excepto eo, quod etiam facto ejus cum quo commune stipulandi jus est, amittere debitorem potest. Ex quo † apparet, unumquemque reo- 3
rum stipulandi promissorem liberando posse alterius rei conditionem deteriorem facere et ignorantis et inviti. Neque tamen hoc pugnat cum regula juris, quæ vetat alterius conditionem facere deteriorem, *L. solvendo, D. de neg. gest.* Hæc enim ad eos pertinet, qui de alieno statuendo recta id faciunt, quod aliis noceat, quod non licet. Hic de eo agitur, qui promissorem liberando de suo statuit: quod cuique facere concessum est. Nocet deinde

de id aliis correis, sed per consequentiam: quod ideo hic non spectamus, ne per consequentiam et appendicem impediatur id, quod principaliter jure fieri potuit. arg. in L. 1. *D. de auct. tut.*

4 Non † idem servatur e converso, ut ex duobus reis uni exceptio quæsita, etiam prosit alteri promittendi reo, eumque liberet, ut postea dicetur. Hoc ideo, quod unus promissor sibi soli exceptionem recte acquirere potest: qua quæsita adversus omnes ejusdem pecuniæ stipulandi reos recte ut sua utitur. At non item qui sibi exceptionem quærere potuit, etiam potuit alteri, quanvis ejusdem pecuniæ reo: quia jus vetat quidquam quærere alteri.

5 His consequens est, † quod traditur in L. 2. *de eod.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem, idest, tunc cum unus judicio egerit cum promissore, et litem cum eo fuerit contestatus: quomodo petitionis verbum accipitur *L. amplius*, *D. rem rat. hab.* quod aliis verbis sic explicatur in L. *si rem*, §. 1. *D.* de novat. *unum judicio petentem totam rem in litem deducere*: sed apertius in *L. fideicommissa*, §. *plerumque* D. *de legat.* 3. cum dicitur, *unum ex pluribus reis stipulandi agendo occupare*, *et totam consequi.* Qui ergo hoc superioribus consequens? non quod reus stipulandi judicio agendo promissorem statim liberet in totum, priusquam pecuniam acceperit: sed quod pro commodo suo liberet eum a priore obligatione. Judicio enim cum promissore contrahit, L. 3. §. *idem scribit.* D. *de pecul.* In quo et novatio quædam fit, ubi vetus actio transfertur tota in actionem judicati, quatenus petitori commodum est, L. *aliam*, D. *de novat.* de quo postea ad titulum *de novat.* Eademque opera tollitur cæteris vetus actio ex stipulatu: judicati autem obligatio sic petitoris propria efficitur, ut promissor postea condemnatus hanc mutare non queat, si velit, nisi petitori solvendo. Hinc illud dictum est, ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissorem postea offerendo pecuniam, nihil agere. *L. ex duobus*, 16. *D. eod.* Quippe offert ei, cui post illam judicii accepti novationem debere desiit invito petitore. Et hæc quidem sine exceptione ita tradita sunt in dicta L. 2. *D. eod. et* dicta *L. si rem*, §. *D. de novat.* Et sane prioribus illis positis sunt consequentia. Paulus † tamen in L. *si unus*, *in* 6
pr. D. de pact. hæc ita vera esse scribit, si rei stipulandi socii non sint: quod si sint socii, uni quidem solvi posse: unum autem novando, aut paciscendo alteri nocere non posse. Vere Paulus, et superioribus admodum convenienter. Quod enim diximus, unius rei stipulandi acceptilationem et factum alteri nocere ad liberationem, de iis dictum est, quorum uterque in solidum obligationis jus sibi quæsivit, et quorum utrique solidum debeatur, ut declaratur utroque illo loco superiore, idest, L. 2. D. *eod. et* L. *si rem*, §. 1. *de novation.* Hoc vero ita fit, si rei stipulandi socii non sint: qui si ex ea caussa stipulentur, aut promittant, in qua socii sunt: scriptum est in *L. in lege.* 62. *D. ad leg. Falc.* perinde inter eos dividi debere obligationem, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent, vel promisissent. In his igitur omnibus hoc ipsum temperamentum tenendum est.

CAP. VI.

Duorum reorum promittendi obligatio qualis, et quid contineat, et de solidi exactione, qua singuli in solidum tenentur.

SUMMARIA.

1. *Ab uno ex duobus reis promittendi solidum peti posse, etsi reus sumptus sit, qui fidejussor esse poterat, et debuerat.*
2. *Idem, etsi sint rei promittendi socii.*
3. *Idem, etsi pecunia credita ad unum pervenerit.*

DUorum reorum promittendi hæc item summa obligatio est, quæ iisdem illis locis describitur, idest, L. 2. D. *eod. et* §. *pen. Inst. eod.* ut singuli solidum debeant; non latius tamen, quam ut ab his res una debeatur. Cujus juris vis hæc est. Quod singuli solidum debent, facit, ut possit peti ab alterutro solidum; sic tamen, ut non sit ea res impedimento, quo minus partes a singulis peti possint: hoc enim totum pro commo-

modo stipulatoris accipiendum est. *L.* 3. §. 1. *L. reos*, *in pr. D. eod.* Quod autem ita in solidum obligati sunt singuli, ut una res tantum in obligatione versetur, id eam vim habet; ut uno ex reis promittendi liberato, una quoque cæteri; etiam cum quibus nihil actum est, liberentur. L. 3. *in fin.* D. *eod.* dicto §. *pen. Inst. eod.* non etiam ut unius factum alteri noceat; eique novam obligationem inducat, quam non constet inter eos intervenire. Ita fit, ut duorum reorum obligatio duas hasce res contineat in summa: in excipienda actione onus solidæ actionis, quod singulis imponitur: in solvenda autem obligatione communis liberationis beneficium, quod singulorum liberationi tribuitur. Quodvis autem factum unius ad aliam obligationem alteri inducendum horum obligationis conditio non admittit, de quibus capitibus
1 tribus dicam ordine. Jam † primum duo rei promittendi ita solidum debent, ut possit vel ab uno eorum solidum peti, idque eorum proprium est, nisi creditor actionem inter eos dividere, *d.* L. 3. §. *ult.* L. *reos*, *in pr.* D. *eod. d.* §. *pen. Inst. eod.* Nihil hic excipiunt veteres. Neque vera sunt ea, quæ de obligatione inter reos quandoque dividenda scribit Bartolus *in auth. hoc ita*, *hic*, *num.* 68. *et deinceps.* Ait dividi actionem inter duos reos, si cum acciperentur pro aliena obligatione, color sit quæsitus, et tanquam rei principales accepti sint. arg. *L. item si*, §. 1. D. *de Mac.* Sed nec colorem esse dixerimus, cum creditor vult sibi ita caveri, ut qui accipiuntur, rei principales promittendi fiant. Tunc color est, cum jus vetat fidejussorem accipi, ut teneatur; et ne videatur fidejussor, tanquam reus principalis accipitur, ut est species *d.* L. *item si*, §. 1. *de Mac.* Ubi autem non prohibetur quis reum accipere, quem fidejussorem accipere poterat: si ut reum acceperit, conditio duorum reorum ex conventione servanda est. Quid, † si 2
duo rei sint socii? Idem ait et pro parte eos conveniri debere, quia dicatur in lege Falcidia inter eos dividi obligatio. L. in *lege* 62. *D. ad leg. Falcid.* Sed et hoc conditioni duorum reorum et conventioni adversatur. Ideo enim duo rei accepti sunt, ut stipulati solidum deberent, eamque conditionem accepit stipulatio. Hanc invito stipulatore rei mutare non possunt. *L. vero*, D. *de sol.* L. *Herennius*, D. *de evict.* Non obstat, quod dicitur in *d. L.* 62. *ad leg. Fal.* inter duos reos socios circa legem Falcidiam perinde dividi obligationem, quasi singuli partem pecuniæ stipulati essent, vel promisissent. Hoc enim recte dicitur circa legem Falcidiam, cum quæritur, quantum singuli in bonis habeant, ut fit in quantitate patrimonii inquirenda ex lege Falcidia. Sed hoc creditori nocere non debet, nec debitorum pactio creditoris jus mutat, *L. debitorum*, *sup. de pact.* L. 3. *in pr.* D. *de transact.*

Quid † plura? Adeo verum est, singulos 3
posse in solidum conveniri, ut quanvis pecunia credita ad unum ex reis pervenerit; tamen nihilominus alter recte in solidum conveniatur, quia hæc in duobus reis accipiendis obligationis lex et conventio est, *L. propter*, *hoc tit.* L. *si non*, *supr. si certum petatur.* Sed hic objicitur exemplum duorum fidejussorum, inter quos dividi obligationem constat. Ne quis autem exemplum repudiet, duo rei dicuntur vice mutua pro fidejussoribus accipi. L. *reos*, *in pr. D. eod.* Sed cum hæc objectio ad alias quoque partes hujus obligationis pertineat, de ea dicam in commune ad extremum. Illud in hac parte monendi sumus, quæ de solidi exactione adversus singulos ex duobus reis promittendi dicta sunt, ex jure vetere dicta esse. Jus immutatum constitutione Novella Justiniani, de quo dicam ad *auth. hoc ita*, *infr.*

CAP. VII.

Quibus modis uno ex reis promittendi liberato liberetur alter.

SUMMARIA.

1. *Uno ex reis promittendi liberato: quocunque modo accidat, ne in ejus persona justa et perfecta sit rei liberatio, nec alterum liberari: et quibus modis id accidat.*
2. *Uno ex reis promittendi non ipso jure, sed per exceptionem liberato, non ideo alterum liberari: et cur.*
3. *Exceptæ tres caussæ, et quæ.*
4. *Uni et reis promittendi exceptione pacti parta, alterum non liberari: exceptione jusjurandi uni quæsita, contra esse: differentiæ ratio.*
5. *Unius ex reis promittendi moram alteri non nocere, idest, non efficere, quominus re postea perempta et teneatur, qui moram fecit, et liberetur, qui non fecit; proinde nec hujus liberatione liberari eum, qui moram fecit.*

DE-

DE liberatione unius, quid cæteris adferat, videamus. Quod pluribus verbis indiget. Non enim usquequaque verum est, uno ex reis liberato alterum quoque liberari. Habet id has cautiones. Nam et ad veram ac justam liberationem tantum pertinet, et in vera etiam liberatione interdum locum non habet. Sunt etiam quædam caussæ, de quibus dubites, an pro justa liberatione habendæ sint, de quibus ordine dicendum est.

1 Principio † igitur non quævis liberatio rei promittendi alterum quoque liberat, sed tantum vera et justa liberatio. Ea est autem, qua tollitur ipsa obligatio, et tollitur ipso jure, non per exceptionem, nisi ex caussa. Ante omnia obligationem jure solvi, seu reum obligatione sublata liberari volumus, L. 2. L. 3. *in fin. D. hoc tit.* Ita quocunque modo fiet, ne sit justa liberatio, et solutio obligationis, quodcunque id factum erit, nunquam id alteri reo proderit ad liberationem. Tribus autem modis accidit, ne sit vera liberatio. Uno, si liberatio ipsa, puta acceptilatio, jure non constitit in persona ejus, quem creditor acceptilatione liberare voluit; finge maritum, cum duos reos haberet Titium et mulierem, mulieri accepto tulisse, donationis caussa. Ipsam quidem mulierem non esse libertam constat, quia donatio et quidquid fit donationis caussa, inter virum et uxorem inhibetur. Quid Titius, in cujus persona consistere donatio potuit, an non liberabitur? Placet neutrum liberari, quia acceptilatio in persona mulieris non valuit: est autem absurdum eam quæ in hujus persona non valuit, ab ea ad alium transire, *L.* 5. §. 1. *D. de don. int. vir. et uxo.* Altero modo fit, ne sit vera liberatio quæ prosit alteri reo: si jure quidem ipso ab initio constitit, sed postea rescissa est, et restituta actio creditori. Quod accidit, cum mulier pro uno reo ita intercessit, ut eum novatione liberaret. Nam Senatusconsulto Vellejano ita juvatur mulier exceptione, ut simul restituatur actio creditori adversus eundem reum, atque hoc modo eventu desinat esse liberatio, quæ esse videbatur. Quamobrem tanquam in ea liberatione, quæ vere non est, placet nec liberari alterum reum, sed adversus utrumque pariter restitui actionem, *L. si pro uno, D. ad Vellejan.* Tertio modo idem fit, cum unus ex reis desinit quidem vere teneri; sed ita, ut persona solum obligatione eximatur, manente nihilominus obligatione: quod cum fit, sola persona eximetur: obligatio, quæ manet, alterum reum tenebit, L. *ult.* D. *eod.* Sic autem rem, sive obligationem solvi intelligimus, si manente persona, quæ possit debere, desinat reus quovis modo jure teneri. Personam autem eximi manente obligatione, cum reus ideo debere desinit, quia jam non sit, qui debeat. Quod contingit duobus modis. Uno, cum bona reo damnatione, puta deportatione, adimuntur. *d. L. ult.* D. *eod.* Altero, cum stipulator uni ex duobus reis stipulandi heres exstitit, L. *Granius*, 71. *D. de fid.*

Non est satis, † aliquem vere esse liberatum. Etiam obligationem in unius persona ipso jure tolli volumus, quo liberetur alter, non autem solum per exceptionem. Ex hoc jure placet, si creditor cum uno ex reis promittendi, qui socii non sint, pactus sit, ne petatur: pactum, quod paciscenti prodest ad totius rei exceptionem, quamvis in rem conceptum sit, tamen alteri reo non prodesse. Hoc ideo: quia alteri exceptionem dari nihil interest ejus, qui pactus est, *L. et heredi*, §. *ult. L. fidejussoris*, §. *idem*, D. *de pact.* Sic autem regula juris est, per liberam personam quæ juri nostro subjecta non sit, excepta possessione nobis nihil acquiri posse, L. 1. *supr. per quas person. nob. acquir.* §. *ex his*, *Instit. eod.* In eadem caussa est rei judicatæ exceptio. Finge ex pluribus ejusdem pecuniæ promittendi reis unum judicio electum. Diserte scriptum est in *L. amissi*, §. *ult.* D. *de fid.* absolutione quoque hujus secuta, eoque et quæsita ei exceptione rei judicatæ, cæteros non liberari: quod tamen negat Bartolus ad *auth. hoc ita*, *num.* 43. *hic*, et probat scilicet ex *d.* L. *amissi*, §. *ult.* quo loco maxime refellitur. Sed tamen † et hæc ita sunt, nisi justa caussa sit, 3
quæ suadeat etiam alteri reo exceptionem dari. Justæ caussæ tres. Una, si rei promittendi sint socii. In his pactum cum uno factum placet alteri proficere, L. *eandem*, §. *penult. D. hoc tit.* L. *sed si* 24. *et* L. *idem seq. D. de pact.* nempe commutata superiore ratione: quia scilicet tum paciscentis interest, ab altero non peti propter societatem, qua fit, ut dum a socio meo petitur, ego inquieter, ut est in L. 3. §. *nunc de effectu*, *D. de lib. leg.* Ita fit etiam hoc modo, ut qui verbis pactus est alteri, re ipsa videatur eodem modo pactus sibi, quod per regulam juris facere concessum est. Altera caussa est in iis, qui socii non sunt, si unus pactus sit nominatim, ne a se, neve ab al-

altero reo petatur. Tum enim placet hoc pactum hactenus alteri prodesse, ut si ei pacti exceptio non datur, quod regula juris prohibet, saltem prosit ei doli exceptio. d. L. *idem, in fin.* juncta L. *videlicet, seq. de pact.* Tertia est in his etiam ipsis reis non sociis, si caussa, ex qua exceptio nascitur, ejusmodi sit, quæ habeatur pro solutione. Hoc, inquam, cum fit, uno ex reis promittendi per exceptionem tantum liberato, eadem exceptio alteri dabitur.

4 Talis † caussa est jusjurandum, quo reus juravit se non debere. Id inter alios effectus etiam hunc habet, ut pro solutione cedat, L. *jusjurandum etiam*, 27. *D. de jur.* Qua ratione etiam placuit, quamvis a fidejussore exactum jusjurandum proficere etiam reo: multoque magis ex duobus reis promittendi si alter juravit, alteri quoque prodesse debere, L. *in duobus*, §. 1. *et* §. *ex duobus*, *D. de jur.* Eamque rationem non dubium est a veteribus redditam esse, ut intelligeretur, cur non idem placeat in pacto cum uno ex reis interposito. Non enim ut jusjurandum, ita et pactum solutionis loco est. Quippe in pacto nihil præstat creditori debitor, sed ab eo accipit. In jurejurando autem ut creditor paciscitur, ne post jusjurandum petat, ita et pro debito præstat jusjurandum, atque ex præstatione tanquam aliud pro alio solvendo satisfacit creditori. Satisfactio pro solutione est, L. *satisfactio, D. de solut.* Comparatur quidem pactum solutioni L. *si unus*, §. *si cum decem*, vers. *sed si stipulatus, D. de pact.* Sed tunc, cum unus est promissor: quod recte fit. Nam de exceptione soli ei acquirenda agitur. Porro soli ei jure acquiri posse constat. Cui autem semel exceptio competit, huic non magis nocet actio, quam si sublata esset ipso jure L. *nihil interest*, *D. de reg. jur.* Non idem dici potest, cum duo sunt promittendi rei, quorum unus paciscitur, ne petatur. Hic enim laboratur de exceptione alteri acquirenda. Hanc autem illi per alterum, cujus nihil interest, acquiri jus non concedit.

5 Interdum † etsi vera sit et justa liberatio, qua liberetur debitor etiam ipso jure: tamen ejusmodi est, qua uno rei promittendi liberato nihilominus alter teneatur. Id in una hac specie receptum est: cum species debita, puta Stichus, promissus, neutro ex reis caussam interitus præbente, post unius tantum moram periit. Nam qui moram non fecit, hunc jus certum liberat, quo efficitur, debitorem re debita perempta, quod quidem sine ejus culpa factum sit, liberari, *L. si ex legati*, D. *de verb. obl.* Moratorem autem alia constitutio in obligatione retinet, qua placet culpam perpetuare ei obligationem, L. *si servum*, §. *sequitur*, *eod. tit.* Et hoc est, quod dicitur, si duo rei promittendi sint, alterius moram alteri non nocere *L. mora*, §. *ult. D. de usur.* Ideo enim non nocet: quia qui moram fecit tenetur; neque tamen tenetur alter si extra culpam est, sed jure ipso liberatur. Ex quo rursum vice versa intelligitur hujus liberatione illum alterum non liberari. Sed hoc propria ratione efficitur. Nam qui liberatur in hac specie, ideo id consequitur: quia vere res periit, nec ulla caussa est, cur adversus eum res adhuc extare existimetur. Contraria de caussa necesse est, non liberari alterum, quia etsi vere res periit, tamen culpa ejus quæ impunita esse non debet, facit, ut videatur res adhuc extare, L. *nemo*, 82. §. 1. L. *si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. obl.* Et est æquissimum: ne aut illius factum alteri noceat, aut cuiquam prosit frustratio sua: utrumque adversus certas regulas juris, et naturæ æquitatem, L. *factum cuique*, L. *in condemnatione*, §. *penult. D. de reg. jur.* L. *hominem, D. mand.* Et tamen ne hoc quidem jus in quavis culpa unius ex reis promittendi receptum est, sed tantum in mora. Uno, inquam, moram faciente, hujus mora non facit, quominus juxta regulam communem juris, quæ est de interitu rei debitæ, liberetur alter: neque etiam hujus liberatio alterum qui deliquit, liberat. At de facto unius contraria definitio est in L. *penult. D. eod.* in hæc verba: *ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Sed de eo mox plura, cum dicam in commune, ubi unius factum nocere possit, aut non nocere.

CAP. VIII.

C A P. VIII.

Nec compensationem ab uno ex reis promittendi ex alterius persona opponi posse, nec lite cum uno contestata, ea petitione alterum liberari.

S U M M A R I A.

1. *Unum ex promittendi reis compensationem ejus, quod alteri reo debetur, objicere non posse, et cur.*
2. *Si cum uno ex duobus reis judicio actum sit, ea petitione alterum non liberari, nec novo, nec vetere jure.*
3. *Uno ex reis stipulandi agente, cur ea petitio pro novatione cedat, ut debitor ab altero liberaretur: uno autem ex duobus reis promittendi convento, non fiat ea petitione novatio, qua alter liberetur.*

ATque ut in his liberationibus locum non habet beneficium liberationis, quod ab uno ex reis promittendi ad alterum transferri volumus: ita, ut proposui, dubitatur de quibusdam caussis, an in unius persona pro liberatione haberi debeant, ut sic prosint alteri ad liberationem. Ambigitur autem de duabus: de facultate objiciendæ compensationis ex alterius persona, et de petitione solidi, qua unus ex reis conventus fuit.

1 De jure † objiciendæ compensationis hæc dubitatio fuit, an si stipulator uni ex reis promittendi pecuniam debeat, quo nomine is reus compensatione adversus stipulatorem uti potuit: possitne etiam alter conventus ex illius persona compensationem objicere, atque hoc modo contendere se liberatum. Movet, quod compensatio pro solutione habetur, et quidem ipso jure, L. 4. *sup. de comp.* Quod si unus ex reis liberatus esset solutione, nemo dubitaret, quin tota soluta esset obligatio, §. *pen. Inst. h. tit.* L. 2. *D. eod.* Et de eo ita scriptum est in L. *si duo*, 10. *D. eod.* si duo rei promittendi socii non sint, ei, cui nihil debetur, non prodesse, quod stipulator alteri reo pecuniam debeat: quod nihil aliud est, quam eum, cui nihil debetur, compensationem ex persona alterius, cui debetur, objicere non posse, quanvis ille conventus objicere potuisset. Ita etiam hoc dicitur jus objiciendæ compensationis, quod unus ex reis ex persona sua habuit, si cum eo non agatur, pro solutione et liberatione habendum non esse. Et recte: non enim jus compensandi pro solutione est, sed ipsa compensatio, ut est in *d.* L. 4. *sup. de comp.* Tunc autem compensatio est, cum is debitor, cui vicissim pecunia debetur, conventus compensationem objicit, seu declarat se paratum compensare; aut cum posset compensatio ab eo convento objici, per errorem est omissa, L. 2. *L. si ambo*, §. 1. *D. de comp.* L. *ult. C. eo.* Faciamus ergo, cum eo cui pecunia debetur, nondum actum esse, ut nec compensatione uti posset, si vellet: consequens erit nullam esse compensationem. Non potest autem compensatio alteri prodesse, quæ in ejus persona, unde incipere debuit, nulla est. Sed meminerimus de duobus reis, qui socii non sint, hoc dictum esse *d. L. si duo*, 10. *D. eo.* Quod si socii erunt, quæ pecunia uni debetur, perinde est, quasi deberetur alteri, cum quo jure societatis communicari debet: quo fit, ut et alter conveniatur, eadem compensatione pro eo, quod ipsi debetur, uti possit.

De † petitione, qua conventus est judicio unus ex reis promittendi a stipulatore, vetus dubitatio est, an ea petitione liberetur alter ex reis ita, ut cum eo amplius agi non possit. Et fuisse quorundam veterum sententiam, quasi inter duos reos promittendi esset hoc genus liberationis, significatur non obscure in L. *decem*, 116. illic, *non enim sunt duo rei*, D. de verb. obl. Indicat et constitutio Justiniani L. *ult. inf. de fid.* qua in duobus reis promittendi nominatim cavet, ne uno ex reis convento, et lite eum eo contestata, ea re noceatur creditori, quominus adversus cæteros actiones integræ sint. Quæ constitutio fuit supervacua, nisi aut antea obtineret, aut certe jus esset controversum. Etsi autem ea costitutione quæstio sublata sit; tamen quia quædam etiam nunc objici possunt, operæ pretium est, eandem sententiam hoc loco certius confirmare. Hæc autem fere sunt, quæ solent objici. Nam si unus ex duobus reis stipulandi cum promissore egerit, diximus ea petitione novationem fieri, qua actio transferatur in actorem solum, promissor autem ab altero reo stipulandi liberetur. Quidni ergo in duobus reis promittendi 2

idem

idem probemus, ut si stipulator cum uno egerit, eadem petitione fiat novatio, qua interveniente etiam alter ex reis liberatur? Extstat præterea definitio de duobus reis tum stipulandi, tum promittendi concepta in L. 2. *D. eod. tit.* qua ita definitur, ipso jure et singulis solidum deberi, et singulos debere. Ideoque petitione acceptilationeque unius totam solvi obligationem. Sed de hac re etiam ex vetere jure sic habendum est: etsi forte hoc jure quibusdam visum est, uno ex reis promittendi convento, alterum ea electione liberari; tamen contrarium obtinuisse plurium sententiis. Testata est enim hæc sententia pluribus responsis diserte scriptis, adversus unumquemque ex duobus reis debendi agi posse, nec liberari alterum, si cum altero agatur. L. 1. §. *si apud*, *D. dep.* L. *si ut certo*, §. *ult. D. com.* L. 8. §. 1. D. *de leg.* 1. L. *creditor*, 60. D. *mand.* Et cur ea petitione liberetur alter, cum ne ipse quidem, cum quo actum est, hac ipsa petitione liberetur? Non enim, ajunt veteres, petitione, sed solutione et perceptione debitor liberatur, *d.* L. 1. §. *si apud*, *depos.* L. 4. *D. de his, qui dejec. vel effud.* Nisi quis dicat, quod creditor unum elegerit, quicum judicio ageret, hoc factum illi nocere debere, quod longe secus est. Nemo enim agendo et litem contestando deteriorem conditionem suam facit, sed meliorem, L. *non solet*, L. *nemo enim*, *D. de reg. jur.* Et certe esset absurdum, diligentiam suam cuiquam fraudi esse: præsertim cum jus vigilantibus scriptum sit, ut Scævola scripsit. L. *penult. in fin. D. quæ in fraud. cred.* Quamobrem et hæc sententia merito Justiniani constitutione confirmata est *d.* L. *ult. infr. de fid.* Neque † vero movere nos debet, quod uno ex reis stipulandi agente, hanc petitionem pro novatione cedere placet, ut novata priore actione et translata in novam judicati, promissor ab altero ex reis stipulandi liberetur. Hactenus enim hæc petitio pro novatione est, quatenus hanc fieri petitori expedit, alioqui contra, L. *aliam*, *D. de novat.* de quo plura infra ad tit. *de novat.* At tunc expedit ita fieri, cum ex pluribus reis stipulandi unus agit cum promissore. Sic enim fit, ut reo adversus alterum ex stipulandi reis novatione liberato, solida actio efficiatur propria ejus, qui egit, ut jam neque alteri solvi possit, neque alter exigere, ut promissor liberetur: quæ plane mens est et consilium ejus, qui primus egit, unde novatio. Contraria plane utilitas et mens actoris contrariam sententiam inducit, cum unus est stipulator, duo rei promittendi, et adversus unum agitur. Faciamus enim cum uno agendo alterum liberari. Manifestum statuimus incommodum actoris, qui cum prius duos haberet ejusdem rei debitores in solidum, agendo incipit unum tantum habere. Et vero agendo hæc mens ejus nequaquam fuit, ut vel eum, cum quo agit, vel alium quemquam eo facto liberaret. Nam qui sibi consultum voluit ea petitione, obesse certe sibi eam petitionem noluit. Neque porro secus, quam agenti expedit, et ab alio actum est, litis contestatio unquam prioris obligationis novationem, aut liberationem induxerit. Nam nec extra judicium novatio unquam admissa est, nisi cum probaretur id actum esse, ut nova obligatione inducta, prioris notatio fieret. L. 4. §. *si ex conventione*, *D. de re jud.*

De definitione L. 2. D. *hoc tit.* post constitutionem Justiniani laborare admodum non oportet. Etsi enim in illa oratione; *petitione acceptilationeque unius tota solvitur obligatio*, concederemus hæc verba, *petitione unius*, etiam referri ad petitionem, qua unus ex reis promittendi convenitur: tamen sic acceptus locus nihil oberit superiori sententiæ, quia in promptu erit dicere Justiniani constitutione emendari *d.* L. *ult. inf. de fidejuss.* Sed ne necesse sit ad hanc responsionem confugere, recte defendemus petitionis verbum in ea definitione active tantum accipi posse, non passive: ut intelligamus scilicet totam solvi obligationem unius petitione, non qua cum uno ex pluribus agatur, sed qua agat unus ex pluribus. Id quidem proprietas sermonis solum admittit. Petitio enim ejus solius esse intelligitur, qui petit. Quod si ejus est, cum quo agitur, non ejus, sed ab eo petitionem esse dicere solemus: L. *viæ*, D. *de servit.* Cum autem ad significationem verbi etiam auctoritas et certitudo sententiæ, quæ inde efficitur, accedat: non est, quod eam sententiam in illis verbis accipere dubitemus: quæ etiam in ambigua voce legis, cum vitio careat, ultro esset amplectenda. L. *in ambigua*, D. *de legib.*

CAP. IX.

CAP. IX.

Nec moram, nec factum unius ex promittendi reis alteri nocere: sed nec interdum prodesse.

SUMMARIA.

1. *Unius ex reis promittendi factum, quo se obstringit, alteri reo non nocere.*
2. *Unius rei factum alteri quoque reo nocere, quomodo interpretantur in* L. pen. D. de duob. reis.
3. *Uno ex reis promittendi moram faciente si res intereat, nihilominus liberari alterum: at si unus animal promissum occiderit; non item; et quæ differentiæ ratio.*

Liberationem habemus unius rei promittendi, qua et ipsa liberatur alter: proinde factum unius in obligatione communi, quod factum prosit alteri. An etiam unius rei factum nocere possit alteri, sitque id proprium hujus obligationis, tertium fuit a me propositum, quod in conditione istius obligationis quæreremus. Et quatuor fere facta sunt cujusque rei debendi, quæ illi noceant ad eum obstringendum, ubi alioqui non teneretur: delatum ab eo jusjurandum, quo adversarius juravit sibi deberi: ejus confessio, qua fatetur se debere: damnum rei debitæ ab eo datum: mora ab eo solutioni facta. An ergo hæc item alteri reo noceant, et an his uti possit creditor ad alterum his no-
1 minibus conveniendum, quæritur. Et † si quidem factum unius rei promittendi ejusmodi est, ut se eo obstringat, etsi prius non teneretur: generaliter probandum est, id factum alteri correo non nocere, tantumque abesse, ut id nocere alteri sit proprium obligationis duorum reorum, ut nihil sit magis contrarium. Rei enim sunt unius ejusdemque obligationis, L. 3. §. *ult. D. hoc tit.* §. *pen. Inst. eod.* Proinde extra eam obligationem non sunt rei, nec quidquam inter se habent commune. Quæ res facit, ut hic ad communem juris constitutionem pertineant, qua placet res inter alios actas aliis non nocere, toto Tit. *sup. res inter al. act.* Hac de caussa delatum ab uno jusjurandum placet adversus alterum stipulatori nihil prodesse, L. *nam posteaquam, in fi. et* L. *quia, seq. D. de jurejur.* nempe ideo, quod alter ex caussa ejus jurisjurandi conventus si neget se debere, negat se, ut reum teneri ea obligatione, quæ jurejurando inducta est. Idem ergo dicemus, etsi unus ex reis, quanvis in jure, confessus fuerit se debere, eadem de caussa. Quod si factum unius rei tale erit, quo non inducatur nova obligatio, sed perpetuetur vetus, quam constat duorum reorum fuisse: hic interesse dicemus, morane unius rei id acciderit, an facto: idest, culpane, quæ in non faciendo sit, an ea, quæ sit in faciendo, veluti, cum reus animal promissum occidit. De mora exstat definitio in L. *mora*, §. *ult.* D. *de usur.* in hæc verba: *Si duo rei promittendi sint, alterius moram alteri non nocere.* Qua significatur, si post unius rei promittendi moram res promissa perierit, perpetuari adversus eum obligationem: sed eam rem alteri, qui moram non fecit, non nocere quominus in eo utatur suo proprio jure, et eo interitu liberetur, atque ita simul utrumque accidere, ut neque illius mora alteri noceat ad eum in obligatione retinendum, neque hujus liberatio moraturi prosit ad eum liberandum, de quo jure dixi paulo ante.

De facto † autem unius rei promittendi 2
exstat contraria Pomponii definitio in L. *pen.* D. *hoc tit.* his verbis: *ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Factum vocat Pomponius, quod proprie ita dicitur, idest, id admissum, quod vere in faciendo est, quale est, cum unus reus animal promissum occidit: non autem id admissum, quod est in cessando, aut negligendo, quo in genere est mora, cessatio nempe posita in non solvendo: sicque mora a facto distinguitur in L. *si servum*, §. *sequitur*, D. *de verb. obl.* Id eo pertinet, ut cum dicitur alibi moram unius rei alteri non nocere, sciamus non esse contrarium illi, cum dicitur, factum unius alteri nocere: quoniam mora non est factum, quod quidem proprie ita vocetur, ut dixi. Sed et cum dicitur factum unius alteri quoque nocere, aperte de eo facto dicitur, quod ipsi faciendi nocet vel ad inducendum adversus eum obligationem, de qua prius dubitari posset, vel ad eam, quæ certo constituta erat, perpetuandam. Sed cum adjicitur, factum unius

unius ex duobus reis promittendi, satis declaratur agi de his, qui vere rei sint. Proinde et id factum notari, non quo inducatur obligatio, sed quo ea, quæ duorum reorum erat, perpetuetur, eum absque eo facto foret, esset interitura. Id autem factum est, ut dixi, cum unus reus promittendi aliquid fecit, quo res promissa vel exstare, vel integra esse desineret: puta, cum animal promissum occidit, aut debilitavit. Ita fit, ut sit hæc sententia definitionis, si quod tale factum unius ex reis promittendi acciderit, id factum primum ei nocere, ne eo interitu juxta regulam communem juris liberetur: quod certi juris est, *L. si ex legati*, L. *si servum*, *in princ.* §. *sequitur*, D. *de verb. obl.* Sed hoc amplius et conreo nocere, ne et ipse liberetur, quanvis ille nihil in eo neque dolo, neque culpa, aut per dissimulationem fecerit. De quo dubitari merito poterat: est enim contra regulam juris, quæ eum debitorem, sine cujus culpa res periit, liberat. *d.* L. *si ex legati.* Quod cum ita sit,
3 † et præterea in more diversum observari dixerimus: haud abs re erit videre, cur id in hac specie tam varie constituatur. Et recte generaliter definiemus, iniquum esse, unius ex reis factum alteri reo nocere: ne incipiat dici licere cuiquam alterius conditionem deteriorem facere, contra regulam naturæ, L. *solvendo*, D. *de neg. gest.* Sed et illud etiam esse æquissimum, unius factum non prodesse vel ipsi, vel alteri ad eum liberandum in necem creditoris. Nam a quo justa solutio, aut satisfactio proficisci debuit, valde iniquum est, atque adeo absurdum ab eo nasci injuriam liberationis invito creditore. Sequitur igitur, ut re post moram unius ex reis perempta; quanvis qui moram fecit, teneatur adhuc, tamen liberetur alter, qui moram non fecit: quia si etiam ob id factum alter tenetur, aperte mora prioris illi alteri noceat: cum sine cujusquam mora futurum esset, ut rei interitu liberaretur. Negamus autem ullum factum, aut culpam cujusquam debere alteri nocere. Contraria de caussa dicendum est, cum unus ex reis animal promissum occidit, aut aliter fecit, quominus res promissa exstaret, sicut tenetur qui occidit; ita alterum quoque reum teneri debere: quia si eo interitu liberatur alter, perspicuum est occidentis factum illi prodesse ad liberationem, cum sine eo uterque adhuc teneretur, ut prius. Jam vero et hoc factum alteri prodesse debere negavimus. At enim factum unius ex reis promittendi dicitur nocere alteri, in dicta L. *penult.* D. *eod.* et nocere ibidem admittitur. Sed idem factum in hac re dicitur modo, simpliciter non prodesse, modo etiam aperte nocere diversis rationibus. Si liberationem tantum spectamus, ut certe de hac sola nunc quærimus: occidentis factum alteri non prodest, quia eo facto alter non liberatur. Si spectamus regulam juris, quæ ex interitu rei debitæ liberationem reo tribuit: dicitur factum alteri qui non occidit, nocere: quia factum id quodammodo obstat, ne alter reus ea regula utatur. Sed tamen semper fatendum est, hoc posterius abusive dici, non proprie. Revera enim non factum occidentis obstat, quominus alter haberetur, cum potius factum spectet ad alterum re perempta liberandum; sed in caussa est jus, quod non patitur in interitu rei fraudem unius ex reis alteri prodesse.

CAP. X.

Interruptionem præscriptionis temporis ab uno ex reis adhibitam alteri reo et prodesse, et nocere et ad *L. ult. hic.*

SUMMARIA.

1. L. ult. C. de duobus reis, *explicatur.*
2. *Facta cætera unius ex reis alteri nec nocere, nec prodesse: interruptionem autem præscriptionis ab uno ex reis promittendi, aut adversus unum ex reis stipulandi adhibitam alteri reo et prodesse et nocere: et hujus rei æquitas.*

IN his tamen factis unius ex reis promittendi, quæ facta ad perpetuandam obligationem valent, qualis est ejus mora, et rei debitæ interemptio, excepit Justinianus interruptionem præscriptionis, quam in unius persona admissam voluit etiam alteri reo et prodesse, et nocere. Quod dico, hujusmodi est. Diximus, si quod factum sit, quo unus ex reis pro-

promittendi perpetuavit adversus se obligationem, id factum neque alteri reo nocere ad eum in obligatione retinendum, ubi ex sua persona liberari per se potuit, qualis est unius ex reis promittendi mora: neque prodesse ad eum liberandum, quamvis alioqui si esset solus, potuisset alieno eodem facto liberari: quale est: si res ab uno sit perempta. Hic,
1 †, inquam, excipit Justinianus interruptionem præscriptionis, exstatque de ea re ejus constitutio: in *L. ult. inf. hoc tit.* Constituit enim: quæ ejus legis sententia est, quocunque facto in unius ex reis persona interrupta sit præscriptio temporis, quæ adversus actionem currebat, sive hanc interruptionem passus sit unus ex reis promittendi, sive unus ex reis stipulandi intulit, eam et alteri reo promittendi nocere, et alteri reo stipulandi prodesse. Nocere, ut adversus alterum quoque reum præscriptio sit interrupta, quo adversus eum etiam finito tempore præstituto utiliter agi possit. Prodesse, ut alter quoque reus stipulandi videatur interrupisse, quo et ipse perpetuo possit agere. Interrumpitur autem præscriptio, si reus aut debitum agnoscat apud creditorem, aut a creditore judicio pulsetur. Sive ergo unus ex reis promittendi debitum agnovit vel judicio conventus est, perpetuam eo facto adversus eum actionem, placet etiam adversus alterum reum perpetuatam videri, quasi et ipse agnovisset idem, aut judicio conventus esset. Sive apud unum ex duobus reis stipulandi agnitum est debitum, aut ab uno promissor judicio conventus: perpetuam huic actionem placet etiam alteri reo quasi communi quodam facto
2 effici perpetuam. Ergo † unius ex reis interpellati partim mora, partim agnitio alteri quoque reo nocet ad interrumpendam præscriptionem: quod supra de mora et facto generaliter negabamus: et unius ex reis stipulandi interpellatio alteri quoque prodest ad eandem interruptionem, quanvis ipse ad eam rem nihil contulerit: quod et ipsum in pactu unius rei stipulandi, itemque in re cum uno ex his judicata, et similibus factis ante negavimus. Sed meminerimus constituta hæc præter cæteras caussas in interruptione præscriptionis temporis, utrumque non sine certa ratione. Odiosa enim res est præscriptio temporis, utpote constituta etiam ei, quem constare possit prius debuisse, et constituta ob id solum, quod debitor per tempus constitutum cessaverit. Favorabilis igitur, et digna quovis auxilio ejus præscriptionis interruptio: idque eo magis, quod quandocumque et quocunque ex facto concessa fuerit, semper interruptio sine debitoris cum quo nihil actum est, damno continget: cum, ut dixi, et ipse prius debuerit, nec moleste ferre debeat, se probabili quavis ratione a præscriptione temporis excludi, quem potius conveniebat ex cessatione sua lucrum non sentire. Unde et Justinianus in *dict.* L. *ult. in pr. hic*, testatur se eos modos interruptionis, quos ab aliis positos invenerat, etiam ampliasse: nempe quia bene regula juris Pontificii comprehensum est, odia restringi, favores ampliari convenire. *c. odia, de reg. jur. in* 6. sumptum ex L. *cum quidam, in fin. D. de lib. et posth.* Cur autem hæc interruptio in persona unius ex reis stipulandi, vel promittendi undecumque semel admissa etiam ad alios reos omnes pertineat, hæc non improbabilis ratio est, quod sit interruptio de tota obligatione. Jam vero hæc obligatio in omnium reorum obligatione non diversa, sed una et eadem est. Et hanc Justinianus secutus est, ut declarat ipse in *d.* L. *ult. in extremo.* Ratio infirma per se, sed accedente illa ratione, atque æquitate præscriptionis impediendæ, quam supra dixi, utraque eam interpretationem abunde in hac specie suadet. Nec aliorum factorum exempla adversantur. Poterat quidem eadem ratione defendi, uno ex reis re post ejus moram perempta obligato, eam obligationem etiam in altero reo retineri. Sed ideo non placuit: quia æquitas prohibet rem, quæ non est in rerum natura, aut in hominum commerciis, deberi ab eo, qui ipse nec rem sustulerit, nec in ea solvenda moram fecerit. Eadem quoque ratione poterat defendi, exceptionem ab uno ex reis pacto, vel re judicata quæsitam ad alterum quoque reum pertinere: quia liberationem ab obligatione contineret, hæc autem obligatio etiam alterius rei est. Sed vetat regula juris, per liberam personam alii vel actionem, vel exceptionem acquiri, L. 1. *sup. per quas pers.* Cum autem actione ab uno ex reis stipulandi interrupta placet interruptionem alteri quoque reo ad perpetuandam obligationem prodesse: nulla hic actio, aut exceptio acquiritur, sed ea obligatio, quæ ejus erat, retinetur. Acquirere alii non licet, retinere, quod ejus sit, etiam in aliis caussis denegatum non est. *L. si quis solutioni*, §. *ult.* D. *de usur.* L. *si cum venderet, in pr. D. de pign. act.* L. 3. *in princ. D. quod vi, aut clam.*

CAP. XI.

CAP. XI.

Duos reos promittendi vice mutua nec fidejussores esse omnino, nec pro fidejussoribus haberi invito stipulatore.

SUMMARIA.

1. *Inter reos promittendi, et plures fidejussores differentiæ.*
2. *Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi, quid sit, in* L. reos, D. de duobus reis.
3. *Rei promittendi quando habendi pro fidejussoribus.*

SUnt ergo hæc duorum reorum promittendi propria, sive de dividenda inter eos actione, sive de eorum liberatione, sive de facto quod his noceat, agatur. Sed quoniam in his, quæ diximus; necesse est pleraque immutari, si duo rei promittendi vice mutua fidejussores sunt, et tamen tales accipi convenire, scriptum est a Papiniano in L. *reos*, *in pr.* D. *h. tit.* superest, ut videamus hoc etiam, quam vere id dicatur, vel potius quomodo accipiendum sit, ut conveniat cum superioribus. Et non dubium est, quin duo rei promittendi fidejussores non sint. Duo enim rei promittendi sunt, qui principaliter idem promittunt: non enim ita, ut quo unus prius principaliter spopondit, ei postea alter accedat, ut dicat nominatim se promittere, quod ab illo, aut illo debetur, quod est proprium accessionis. Idque ex constitutione duorum reorum supra intellectum est. Nullus autem fidejussor principaliter et per se quid promittit; sed omnis fidejussor principalis alicujus obligationis accessio est, §. *fidejussores*, *Inst. de fid.* Non ergo duo rei promittendi invicem sunt fidejussores. Hinc duo rei promittendi ubique a fidejussoribus distincti, *L. sed si*, 24. juncta *L. idem*, *seq. D. de pact.* L. *ult. infr. de fid.* Hinc et tituli distincti, *De duobus reis*, *et De fidejussoribus.* Nec vero parum interest id ita recte statui: alioqui, ut dixi, pleraque falsa erunt ex iis, quæ supra posuimus.
1 Est autem † inter reos debendi, et fidejussores harum rerum differentia. Inter fidejussores, qui solvendo sint, dividitur actio etiam jure vetere, singuli rei solidum debent, et a singulis solidum peti potest, *L.* 2. *L.* 3. §. *ult. D. eod.* Fidejussor, quod reo debetur, compensare potest, si conveniatur, L. 5. *D. de compens.* reus promittendi quod alteri reo debetur, non potest L. *si duo*, 10. *D. hoc tit.* Item fidejussori exceptio pacti competit, quæ competere reo, etiam si pactum in personam rei dumtaxat collatum sit, L. *et heredi*, §. *ult.* L. *quod dictum*, D. *de pact.* Unius autem ex reis promittendi conventio quanvis in rem collata alteri reo, qui socius non sit, non proficit. *d.* L. *et heredi*, §. *ult.* L. *sed si*, 24. L. *idem*, *seq.* *D. de pact.* Quid † ergo est, quod ita scribitur in *d.* L. *reos*, D. eod. *Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit.* Vel hoc ipsum maxime significat reos promittendi fidejussores non esse. Hæc enim oratio, *reos promittendi fidejussores recte accipi*, nihil aliud significat, quam reos pro fidejussoribus recte accipi, seu esse loco fidejussorum: quo maxime significatur eos non esse fidejussores. Id ex simili hac ratione licet intelligere, cum dicimus creditores accipiendos esse omnes, quibus ex quacunque caussa debetur, etiam ex quasi contractu, aut maleficio, traditum in L. *creditores accipiendos*, *D. de verb. sig.* ubi sane constat hoc dici non omnes istos creditores esse, non sunt enim: cum credere sit ex contractu alterius fidem sequi: L. 1. D. *si cert. pet.* sed esse loco creditorum, seu pro creditoribus haberi, idque ita explicatur in *ead.* L. *creditores*, cum ita subjicitur paulo post: *Quod si natura debeatur*, *non sunt loco creditorum.* Non ergo rei promittendi sunt vice mutua fidejussores, etsi quis concedat pro fidejussoribus habendos. Sed quid refert, dicet aliquis, si fatemur effectu pro fidejussoribus esse habendos? Sane nihil referret, si Papinianus generaliter definiret, reos promittendi ita esse habendos. Nunc autem hæc sententia est Papiniani: convenire inter omnes, seu, ut alibi loquitur, vulgo receptum esse, *reos promittendi pro fidejussoribus accipi non inutiliter.* Non tamen semper, sed *vice mutua*, id est, eum ita accipiuntur ambo, ut simul habeantur pro fidejussoribus vice mutua, non etiam ita, ut unus eodem tempore fungatur perso-

na

na rei principalis, alter habeatur pro hujus fidejussore: quo illius jure, puta compensatione eadem, aut eadem exceptione utatur.
3 Quin etiam † hoc ipsum, quod dicit Papinianus, reos promittendi non inutiliter simul pro fidejussoribus vice mutua accipi: non generaliter definit, sed ita, ut intelligat id aliquando fieri utiliter, at non semper. Declarat enim paulo post id fieri tantum tunc, cum reus stipulandi pro talibus eos haberi velet, non etiam ita, ut eos pro talibus admittere cogatur. Et ideo; inquit, ut reus stipulandi inter fidejussores dividere posset actionem: sic inter reos, tanquam vice mutua fidejussores sint, pro arbitrio ejus dividere poterit, *non secus, ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.* Sed hoc, inquam, *si velit:* cæterum, inquit ille, *dividere cogendus non est.*

C A P. XII.

Non tantum duos reos stipulandi et promittendi fieri posse, sed et plures: nec tantum verbis stipulationis, sed et ex cæteris contractibus: itemque testamento fieri posse duos reos debendi, credendive.

S U M M A R I A.

1. *Ex contractibus aliis, quam stipulatione duos reos debendi fieri posse, et quomodo fiant.*
2. *Etiam ex mutuo duos reos debendi ejusdem pecuniæ creditæ fieri posse, et quomodo, ac quam recte hic fieri dicantur.*
3. *Et testamento duos reos debendi fieri posse, et quomodo fiant.*
4. *Ex aliis caussis obligationis, quam contractibus, aut testamento, duos reos debendi non constitui.*
5. *Etiam duos reos credendi ex aliis contractibus fieri posse, et quomodo fiant.*
6. *Ex mutuo quomodo duo rei credendi.*
7. *Ex testamento quoque duos credendi reos posse fieri, et quomodo fiant.*

QUÆ de duobus reis stipulandi et promittendi hactenus dicta sunt, exempli caussa dicta sunt: quia et ita reus fieri usitatius est, et hic titulus de his conceptus est cum loco, tum in Pandectis. Cæterum et in pluribus reis, quam duobus idem juris est, *Inst. eod. tit.* et ad alios quoque reus credendi, debendive jus pertinet; si tamen ex aliis quoque caussis, quam ex stipulatione, duo pluresve rei credendi et debendi constitui possunt. De quo sequitur ordine,
1 ut breviter cognoscamus. Et constat † ex aliis quoque caussis duos debendi reos voluntate fieri posse, partim ex contractu, partim ex testamento. De quo ita scriptum est a Papiniano in L. *eandem*, *in princ.* D. eodem. *Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus: vel eandem rem duobus similiter commodavi, fiunt duo rei promittendi: quia non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus fiunt, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento.* Hæc Papinianus. Quomodo ergo fiunt ex his caussis duo debendi rei? Indicat superiore definitione Papinianus. In contractibus, cum ait in eo, quod apud duos deposui, duos reos fieri, cum utriusque eorum fidem in solidum sum secutus. Significat ergo ex contractu duos reos debendi constitui, cum in eandem obligationem sic duo consenserunt, ut vellent ei cum quo contrahitur, in eam caussam in solidum obligari, quod fit aperto consensu: puta, si in emptione duo constituant se ejusdem rei emptores, in venditione duo se ejusdem rei venditores: velintque utrique, illi venditori, hi emptori in solidum obligari. Quod quidem in his contractibus et similibus recte fit etiam sine stipulatione, quia in his obligatio contrahitur solo consensu. Sed non minus et in iis, qui re fiunt, ut deposito, et commodato, duos reos debendi recte constitui supra diximus, fitque eadem illa conventione, cum re apud duos deposita nominatim id agitur, ut uterque eo nomine in solidum obligetur: quam et fidem utriusque is, qui deposuit, sequitur, ut est in *d.* L. *eandem*, D. *eod.* Quod si apud duos reos deposita sit simpliciter, aut duobus simpliciter commodata: duo quidem quodammodo rei habebuntur, quia ut in re indivisa dolum et culpam, et diligentiam, et custodiam in totum præstare debent: revera duo rei non erunt, quod eo pertinet, ut in eo duorum beneficio per omnia non utantur, sed solum unius solutio liberet alte-

alterum: indicatur hoc in L. 5. §. *ult. in*
2 *fin.* D. *com.* Quod † in his receptum est, receptum est et in mutuo, ut ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei fieri possint, quamvis uni tantum pecunia numerata sit, et quidem ita, ut rei fieri possint non tantum, si propter pecuniam mutuam uni datam omnes rei promittendi fiant, quod quia stipulatione fit, jure optimo fieri posse constat, eaque species est. L. *propter*, *infr. h. tit.* sed etiam si pecunia uni numerata, constituant se omnes ejus pecuniæ debitores, velintque singuli in solidum a se accepta, obligari: quod et sine stipulatione fieri posse declaratur in L. *si non singuli*, *supr. si cert. pet.* De quo tamen non parva dubitatio est. Nam quomodo ex mutui caussa rei fiant, qui mutuam pecuniam non acceperunt: cum mutuum non contrahatur consensu, sed re, dum et pecunia proficiscitur in accipientem? L. 2. §. *creditum*, D. *si cert. pet. Inst. quib. mod. re cont. ob. in pr.* Dicendum est, cum uni pecunia traditur aliorum voluntate, satis omnibus traditam videri: illi quidem per se, cui vere traditur; cæteris autem per hujus personam; quoniam nihil interest, utrum alicui tradatur quid, an alii voluntate ejus. L. *restituta*, *D. ad Treb.* Sed nondum ad mutui caussam satis, his omnibus pecuniam traditam videri. Etiam omnium pecuniam fieri oportet, si hos ex mutui caussa reos fieri, idest obligari volumus. Sic enim mutuum est, si ita dentur nummi, ut fiant accipientis. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* At quomodo eadem pecunia fieri istorum omnium potest tanquam mutua, cum plures ejusdem rei in solidum domini esse non possint? *L.* 5. §. *ult. D. com.* Dicemus plures istos eodem tempore dominos ejusdem pecuniæ fieri non posse: diversis temporibus posse. Quod in hac constitutione plurium reorum fiet hoc modo. Nam iis, quibus pecunia naturaliter numerata non est, videtur numerata, ut dixi, per interpositam personam ejus, cui numerata est. Sic deinde ab his velut accepta, videtur ab his ipsis ad eum profecta, cui numerata est: ut sic ad singulos pecunia perveniat diversis temporibus, tanquam brevi manu, occultatis non necessaris traditionibus, ut in caussis similibus factum accipiendum esse docemur in L. 3. §. *ult. D. de don. inter vir. et uxor.* L.
3 *singularia*, *D. si cert. pet.* Testamento † sic fieri duos reos docet Papinianus in *d.* L. *eandem*, D. eod. *Si pluribus*, inquit, *heredibus institutis testator dixit*, *Titius et Mævius Sempronio decem dante.* Quod ex initio ejus loci sic intelligendum est: si modo id senserit testator, ut singuli isti appellari heredes solida decem deberent, et, ut loquitur Papinianus, si, ut in deposito, sic in legato testator ita a duobus heredibus legaverit, ut vellet legatarium utriusque fidem et personam in solidum sequi, quomodo Accursius locum bene accepit. Sic autem videbitur testator id sensisse, si expresserit. Alioqui eadem summa pluribus conjunctim adscripta, si nihil aliud actum probetur, pro numero personarum divisa intelligitur, ut singuli partem dumtaxat debeant: in quam sententiam omnes veteres consentiunt. L. *reos*, *in pr.* L. *sive*; *D. eod.* L. *eum qui*, 56. *in pr. D. de verb. obl.* L. *cui fundus*, D. *de cond. et dem.* Diversum est, si testator disjunctim eandem summam leget a duobus hoc modo: Lucius Titius heres meus, aut Mævius heres meus decem Sejo dato. Apparet enim hic solida decem legata esse a singulis; sic tamen, ut velit testator una decem in obligatione versari, ut ab utro fuerit solutum, alter liberetur. Ideo et hic placet ita duos reos esse, quasi essent duo rei promittendi, ut est in L. *si ex toto*, 8. §. 1. D. *de leg.* 1.

Ex † cæteris caussis obligationis duo rei debendi non constituuntur, etsi maxime proponas duos pluresque eandem rem debere. 4
Aut enim ex eadem caussa non debent, aut non id agitur inter eos et creditorem, ut una sit omnium obligatio, et res una in obligatione versetur: ut puta, plures tutores obligantur ex tutelæ caussa in solidum, sed singuli ex suo facto, et sua culpa: in quo res sunt diversæ. Ideo non sunt plures rei debendi, neque per omnia eodem jure utuntur, etsi ut obligatione communi pleraque habent similia, ut declaratur in L. 1. §. *nunc tractemus, D. de tut. et rat. dist.* L. *si pupillus*, D. *de adm. tut.* Plures ex eodem delicto, quod in commune admissum est, tenentur in solidum, sed aperte non sunt duo rei: quia diversa sunt facta, et delicta singulorum, et unusquisque proprii delicti pœnam patitur, quæ ideo in diversis delictis non potest esse una. *L. si quis*, §. *ult. et L. sequen. D. de jurisd. L.* 1. *sup. de cond. fur.* Cumque in quasi maleficio plurium similiter suum cujusque peccatum sit, quod pœna coercetur: non dubium, quin et hic plures quanvis ejus admissi nomine teneantur in solidum, tamen duo rei debendi sint: etsi hoc simile habent, quod uno solvente, quod actori debetur, alter liberatur, *L.* 1. §. *ult. et L. seq.* D. *de his*, *qui dejec. vel effud.*

Ut

5 Ut autem † ex contractibus aliis, quam stipulatione duo rei debendi fieri possunt: ita et duo rei credendi etiam in iis, qui re conficiuntur, puta deposito, commodato, mutuo: fientque hoc modo, si nominatim hoc agatur, ut tanquam duo deposuissent, aut commodassent eandem rem, vel eadem decem mutua dedissent singuli in solidum: ita horum singulis, qui accepit in solidum obligetur. Quod in deposito indicat Ulp. in L. 1. §. *sed si duo*, D. *depos.* his verbis: *Si duo deposuerunt, et ambo agant, siquidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere.* Vult ergo singulis solidum depositum deberi, singulos eo nomine recte agere in solidum, eandem rem in obligatione versari, id autem conventione effici. Atqui hæc plane duorum reorum stipulandi descriptio est in L. 2. *L.* 3. §. 1. *D. eod.* §. *pen. Inst. eod.* Quidni vero ita duo quoque credendi rei in depositi recte constituantur, cum fateamur duos debendi reos ex eadem caussa fieri posse? facilius enim duobus acquiratur ejusdem rei nomine actio, quam duo ejusdem rei nomine obligentur: cum acquisitio faciat conditionem acquirentis meliorem, quod licet; obligatio autem faciat obligati conditionem deteriorem, quod non perinde concessum est, L. *solvendo*, D. *de neg. gest.* Sed duo deponere et commodare eandem rem possunt: ut nihil prohibeat ex his contractibus duos reos credendi ita fieri, tanquam quorum singuli vere rem totam deposuissent, aut totam commodassent.
At † quomodo possunt duo eandem rem 6
mutuo dare, ut quasi solidum dedissent, ita fiant duo ejusdem pecuniæ credendi rei? Possunt videri dedisse eadem illa fictione, quæ in pecunia credita est: ut scilicet unus dando suo nomine, velit quoque datam nomine alterius, ac debitor sic accipiat. Sic enim fiet, ut perinde habeatur, quasi debitor pecuniam acceptam illi alteri dedisset, sic deinde ab eo ad eumdem debitorem rediisset. Quæ brevis manus traditio in mutuo constituendo præcipue admissa est. L. *singularia*, *L. certi*, L. *pen. D. si cert. pet.*
Ex † testamento sic duo rei credendi in re 7
legata fieri possunt, si testator duobus leget eandem rem, eundemve summam disjunctim, hoc modo *heres meus Titio, vel Mævio decem dato.* Nam sic cum hæc a duobus isto modo legata sunt, sunt duo rei debendi: quia a singulis solida decem, una tamen summa legata sunt; L. 8. §. 1. *D. de legat.* 1. Fient et tunc duo rei credendi, cum hæc summa eodem modo legata erit duobus; quia legata sit solida singulis; sic tamen, ut una summa in obligatione versetur. Quod si conjunctim eadem summa legata erit duobus, puta Titio et Mævio decem: ita his decem communiter legata sunt, ut singulis intelligantur solum quinque data, nisi aliud testator aperte caverit. *L. eum qui ita*, 56. *in pr.* D. *de verb. obl.*

C A P. XIII.

Quid ex jure vetere de duobus reis constitutio Novella Iustiniani *de duobus reis* immutarit. Et ad *auth. hoc ita.*

S U M M A R I A.

1. *In duobus reis stipulandi, credendive nihil Novella Justiniani de jure vetere immutari; in duobus reis promittendi vix pauca etiam omnium consensu, et quæ.*
2. *Novellam Justiniani, quæ inscribitur* de duobus reis, *perperam acceptam vulgo esse de duobus reis simpliciter acceptis, eoque nihil eam de vetere jure duorum reorum immutare.*
3. *Neque* de duobus reis *inscriptionem esse de duobus reis, qui vice mutua accepti sunt, ut Holoander recte est interpretatus: et quomodo plures tales constituantur, quidve a duobus reis differant.*
4. *Novellæ de duobus reis sententiam ad fidejussores vice mutua acceptos solum, non ad duos reos promittendi pertinere: et quid ea lege constituatur.*
5. *Duos reos vice mutua fidejussores acceptos, si nihil aliud aperte convenit, singulos pro parte teneri, non in solidum; et hoc quam recte constitutum.*
6. *Duos reos vice mutua fidejussores acceptos, quanvis convenerit, ut tenerentur in solidum, non tamen conveniri posse nisi pro parte, si ambo præsentes sint, et sint solvendo, et hoc quam recte.*
7. *Ex duobus reis vice mutua fidejussoribus acceptis præsentem conventum in solidum, petere posse spatium, intra quod absentem creditori exhibeat.*
8. *Non solvendo quis et a quo, et quomodo probetur, si de eo sit controversia.*
9. *Non præsens, seu absens in proposito quis: et a quo probari debeat in re dubia, ac qualis sit ejus rei probatio.*
10. *Pro absente habendum etiam præsentem, quisquis præsens conveniri non potest, et quibus de caussis accidat, ne possit quis conveniri.*
11. *Qui facto creditoris conveniri non potest, pro præsente et idoneo semper habendus, quo alter pro parte solum conveniatur.*
12. *Duos reos promittendi etiam, qui vice mutua fidejussores accepti sunt, singulos in solidum etiam novo jure conveniri posse quatuor casibus, et quibus.*

HActenus jus vetus de duobus pluribusve reis non solum stipulandi, et promittendi, sed et in universum credendi, debendive. Quoniam ei juri derogasse putatur constitutio Novella Justiniani 99. quæ vulgo, *De duobus reis promittendi*, inscribitur: superest, ut num quid illa hic immutarit, et quidnam id sit, breviter cognoscamus. Atque hic maxime cognoscendi locus est, ubi proponitur fragmentum tanquam ex illa constitutione expressum, quo ab eo jure, quod est in lege præcedente de duobus
1 reis promittendi, aperte disceditur. Et † ne quis nos in his, quæ de duobus reis ante ex jure vetere disseruimus, nihil aut parum egisse existimet, quasi superior constitutio aliter nobis duos reos informet, quam supra admisimus, aut de his aliud jus nobis præscribat: sciamus aut nihil esse, aut certe esse perexiguum, quod de jure superiore ea constitutio immutarit: ut necesse sit cætera, quæ constitutio non attigit, omnia integra manere. *L. precipimus, in fin. sup. de app.* Quorum maxima pars est etiam ex omnium aliorum consensu. Nam cum omnis tractatio de duobus reis sit aut de eorum constitutione, aut de jure, quod in his constitutis servatur: primum animadvertendum est, Justinianum constitutione sua nihil de duorum reorum tum credendi, tum debendi constitutione attigisse. Quod ad jus constitutæ obligationis attinet, ne hic quidem quidquam de eo jure in persona duorum reorum stipulandi, credendive omnino immutavit. Ut enim plurimum ei constitutioni tribuamus, certe verba ostendunt constitutione caveri tantum de duobus reis promittendi. Quid? in his ipsis promittendi reis jus innovavit per omnia? Ne id quidem. Nam Justiniani constitutio de solidi exactione adversus singulos reos promittendi olim constituta tantum cavens, haud dubie partem illam quæ est de potestate totius obligationis tollendæ, singulis tributa: item et illam quæ est de facto unius, quod alteri noceat: utramque, inquam, hanc partem ut intactam, ita salvam et integram reliquit. Restat sola exactio, quam jus vetus, ut dixi, solidam adversus singulos reos promittendi statuit, et de qua cavet superior constitutio. Atqui illa ne hanc quidem detraxit creditori per omnia; sed quod ex verbis apparet, duobus casibus etiam nunc reliquit.

liquit. Uno, si unus reus non sit solvendo, altero, si absit. Ut jam si quid est, quod constitutio immutarit, redigatur in admodum angustum hunc locum, cum ambo rei promittendi et solvendo sunt, et sunt præsentes: de quibus et ipsis, ut video, inter omnes, certe inter saniores, convenit. Quid ergo hoc casu fiet? Et manifestum est, quid constitutio in his, de quibus cavet, velit fieri. Jubet enim singulos pro parte agnoscere onus, et pro ea parte conveniri, in solidum vetat: ut si de duobus reis id constitutum est, hactenus saltem recessum sit ab eo jure, quod supra exposuimus, recteque *auth. hoc ita*, subjecta sit præcedenti legi ad temperamentum et exceptionem, cum ea lege creditori solidi exactio adversus utrum ex eis vellet, tribueretur.

2 Sed † videndum hic etiam atque etiam puto, an id cautum sit de duobus reis promittendi, idest, iis qui simpliciter et principaliter eandem rem solidam promiserunt. Vulgo pro certo habent: quod et apparet sensisse auctorem hujus fragmenti, qui id ita concepit, ut in eo negaret, quod in lege præcedente de duobus reis ex jure vetere scriptum erat. A quibus valde dissentio, omninoque ita constitutionem Justiniani esse puto, ut non sit de duobus reis simpliciter acceptis, quales supra descripsimus: proinde nec quidquam de vetere jure duorum reorum promittendi ne in exactione quidem immutarit. Id quidem et verbis ipsius constitutionis, et sententia non uno modo perspi-
3 cue efficitur. Primum † ita conceptus est titulus constitutionis: περὶ ἀλληλεγγυῶν, quod si ad verbum exprimas: valet, de mutuis fidejussoribus. Id autem est, de duobus pluribusve; qui vice mutua inter se fidejussores accepti sunt. Quod Haloander recte intelligens vertit, non simpliciter de duobus reis, ut vulgaris interpres non bonus; sed periphrasi exprimere volens, quod erat in verbo, *De duobus reis promittendi, qui vice mutua accepti sunt.* Neque hoc Haloander tantum; sed et vetus ille interpres in constitutione ipsa vertenda agnovit. Illa enim verba quæ sunt. in §. I. *in prin.* εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύων ὑπευθύνους λάβοι τινάς, vertit, *si quis alterna fidejussione obligatus sumat aliquos.* Tametsi idem paulo post illa, ἀλληλεγγύως δανεισθὲν vertit, *quod sub alterna promissione creditum est*; cum vertere deberet, quod sub alterna, aut mutua fidejussione. Loquitur ergo constitutio non de duobus reis, sed de duobus pluribusve fidejussoribus mutuo inter se acceptis: aut si reos appellare libet, de reis quidem, sed qui aperte ita accepti sint, ut vice mutua alii aliorum essent fidejussores. Quod ita fit in duobus, cum unus primo et principaliter promittens aperte fidejussorem dat: sed et fidejussor rursum sic accipitur, ut reus, qui prius promiserat, pro eo fidejubeat. Atqui non sunt in hac caussa duo rei promittendi simpliciter accepti. Hi, ut supra ostendi, nec fidejussores sunt omnino, nec pro fidejussoribus habendi longius, quam stipulator haberi velit. Et quæso, cum singuli in solidum idem promittant, et fidejussionis mutuæ in ea obligatione suscipienda nullam mentionem faciant, quomodo jus stipulatori quæsitum adversus singulos invito adimatur, contra omnem juris, et æquitatis rationem? *L. 2. D. de his, qui sunt sui, vel al. jur. L. ult.* D. *de pact. L. habere, D. de evict.* Quid enim ad rem pertinet, qui inter se egerint, dum cavent, ut unus sit reus principalis, alter pro eo fidejubeat, qui pactione sua creditoris sui jus mutare non potuerit? *L. debitorum, sup. de pact.* Atque † hæc de verbis constitutionis. Quid sententia? Etiam apertius arguit sentire Justinianum de duobus fidejussoribus mutuo acceptis; de fidejussoribus, inquam talibus, quales proprie nominantur, et quales nominaverat in constitutione sua *de fidejussoribus.* Etenim initio constitutionis præfatur se prius tulisse legem illam utilem, de fidejussoribus conveniendi; sed cui putet aliquam explicationem et appendicem non ignobilem deesse: eam autem in præsentia se adjicere hac constitutione. Ex quo apparet et hanc constitutionem esse de iisdem fidejussoribus, de quibus illic caverat. Agit ergo et hic de iis, qui vere fidejussores sint: minime autem de duobus reis principalibus, de quibus in priore constitutione non egerat. Sed et id, quod nunc constituit, quale sit spectemus. Tum facile intelligemus totam constitutionem ad veros fidejussores pertinere, et ad temperandam, explicandamque priorem illam de fidejussoribus omnino referri. Prius constituerat, si ex iis, qui idem debent, unus sit reus debendi, alter fidejussor a reo datus, prius conveniendum esse reum principalem, quam perveniatur ad fidejussorem, etsi hoc jure vetere contra erat. Justinianus posteriore hac constitutione, de qua loquimur, id ita accipi vult, si aperte unus sit reus debendi tantum, alter tantum fidejussor. Quod si ambo vice mutua fidejussores accepti sint, ut pro fidejussore, qui aperte talis intervenerat, etiam invicem fidejubeat, qui prius promisit: erit quidem uterque debendi reus, utpote pro quo alter

(margin, beside "Atque † hæc de verbis constitutionis"): 4

alter fidejusserit: ut secundum constitutionem illam priorem videatur uterque a stipulatore, quem is volet, in solidum conveniri posse, quia uterque est reus. Sed quia rursum idem quoque est fidejussor, fit eadem illa constitutione, ut jam neuter possit prior in solidum conveniri. Hinc illa difficultas in specie duorum reorum qui invicem fidejussores accepti sunt, nata ex constitutione superiore. Ea vero difficultas explicatur hac posteriore constitutione: eaque omnino explanatio est appendix illius prioris constitutionis, quam Justinianus initio hujus posterioris pollicetur. Cavet igitur utrumque in proposita specie eodem tempore conveniri posse, quia uterque reus est debendi. Sed rursum quia est fidejussor, vult utrumque ex parte frui bebeneficio fidejussorum priori constitutione tributo, ne conveniatur saltem in solidum. Restat igitur, ut conveniantur pro parte, ut fieret inter plures fidejussores. Quod et Justinianus constituit in §. 1. et quidem sine exceptione, si non convenerit, ut quisque eorum in solidum teneretur. Quod si convenerit: tamen vult hic quoque singulos teneri pro parte; sed hac conditione, dum hoc contingat sine damno creditoris. Quod ita fiet, si conveniatur uterque pro parte, cum uterque et idoneus, et præsens est. Quod si alter solvendo non erit, aut aberit: æquum est creditorem non periclitari: quod et ille constituit. Ideo jubet præsentem, qui solvendo est, ut vere debendi reum periculum subire, et satisfacere creditori. Hinc facile agnoscimus explicationem difficultatis ejus, quam dixi, natam ex superiore constitutione, tantum ideo: quod in duobus reis, qui vice mutua fidejussores accepti sunt, proponitur ea species, in qua quidem unus sit reus, et alter fidejussor, sed tamen ita, ut uterque vice mutua sit talis: ut non sit caussa, cur unum potius velis priore loco conveniri debere, quam alterum: neque unum in solidum potius, quam alterum. Cui sane difficultati locus non est in duobus reis promittendi simpliciter et in solidum acceptis sine ulla mutuæ fidejussionis commemoratione: ubi uterque ita reus est principalis, ut neuter alterius sit fidejussor: certe neuter pro alterius fidejussore accipiatur. Quam ob caussam nec jure placet pro fidejussoribus vice mutua accipiendos, nisi creditore volente inter eos actionem suam dividere. *d.* L. *reos*, *in pr.* D. *eod.* Hæc est, opinor, germana sententia constitutionis Justiniani, de duobus reis promittendi, ut vulgo inscribitur. In qua non solum interpretatio verbis, et consilio constitutionis congruit; sed et sententia ipsa certa ratione juris et æquitatis defenditur. Cur enim in vetere jure non maneat, quod posterioribus legibus specialiter mutatum non docetur? *d.* L. *præcipimus*, *in fin. supr. de app.* et præsertim si jure vetere de re alicui quæsita et non detrahenda agatur, quam quidem non tam æquum est nulli detrahi, quam cuiquam detrahi summe iniquum. L. 2. *D. de his, qui sunt sui, vel al. jur.* Quod si ita est: non recte vulgo interpretes constitutionem Justiniani acceperunt de duobus reis promittendi simpliciter acceptis, quales nunc quærimus. Non recte, ne auctor quidem hujus fragmenti eam de iisdem interpretatus est, et ad exceptionem emendationemque juris veteris de duobus reis retulit.

Sane in duobus reis promittendi constitutioni Justiniani locum esse admittimus: sed dum hoc adjiciatur, si modo ii sint rei, qui iidem et fidejussores vice mutua accepti sint, ut constitutio loquitur. Qua specie proposita, quid hic de duobus istis sive reis, sive fidejussoribus Justinianus constituat, diligenter videndum est. Pleraque enim hic singularia, et quorum ratio merito requiratur, ab eo constituta esse reperiemus. Illud † pri- 5
mum, quod si non convenit nominatim, ut duo isti rei vice mutua fidejussores accepti, singuli in solidum teneantur, vult singulos solum teneri pro parte, quasi divisa inter eos in partes ab initio obligatione, idque sine exceptione: ut proinde nihil referat, utrum uterque solvendo, et præsens sit, an non: sed quamvis unus solvendo non sit, aut non sit præsens, tamen alter non teneatur, nisi pro parte: hoc in *Novel. de duob. reis*, §. 1. *in pr. et hac auth. hoc ita*, *vers. sin autem.* Hoc vero statim a principio merito est animadvertendum. Nam cum hic duo rei accepti sint, quorum uterque pro altero fidejusserit: nihil aliud proponi videbatur, quam ut isti aut tanquam rei ambo, aut ambo tanquam fidejussores, aut certe unus tanquam reus, alter ut fidejussor acciperetur. Potuit quidem Justinianus pro potestate juris constituendi, qua præditus erat, dubitationis tollendæ caussa unum ex his eligere, atque id lege sancire. At illud certe secundum naturam et ordinem rei gestæ fieri posse non videbatur, quin unum saltem sequeretur. Nunc autem divisione ista obligationis, quam posuimus, inter istos constituta nihil istorum sequitur. Non habet istos pro duobus reis, qui vult eos teneri tantum pro parte. Nihil enim æque pugnat cum obliga-

tione

tione duorum reorum promittendi, quam dividi ab initio inter aliquos pro parte obligationem. L. *reos*, §. 1. D. *eod.* Non habet etiam pro duobus fidejussoribus, qui vult eos omnimodo teneri pro parte, etiamsi unus solvendo non sit: cum non aliter dividatur actio inter plures fidejussores, quam si tempore litis contestatæ omnes sint solvendo. §. *plures*. *Inst. de fid.* L. *inter eos*, 51. *in pr.* D. *de fid.* Multo minus habet unum pro reo, et alterum pro fidejussore in illa divisione; cum semper reus principalis omni jure in solidum teneatur: idque tanto magis, quod fidejussorem dedit, idque accessit ad confirmationem obligationi, *L.* 4. §. *si ex conventione*, *D. de re jud.* Sed et fidejussor quoque tenetur in solidum, saltem tunc etiam ex Novella Justiniani, *de fidejussoribus*, cum reus principalis abest, aut non est solvendo. *Nov.* 4. *de fid.* §. 1. Quid ergo est? Dicendum est non putasse Justinianum duos reos promittendi esse, seu solidum videri promisisse, qui quanvis verbis promiserint: tamen sic accepti sunt, ut vice mutua unus pro altero fidejuberet. Hæc enim mutua fidejussio declarat rem, pro qua isti se obligant, in commune ad utrumque pertinuisse, eosque se in ea ut in re communi obligasse: proinde et pro parte. Ubi autem pro eadem re, aut summa duo in commune accipiuntur, dividitur in viriles partes inter eos obligatio; eoque nec duo rei fiunt. *d.* L. *reos*, *in fin.* D. *eod.*

6 Quod † si convenerit, ut ex duobus istis vice mutua acceptis fidejussoribus singuli in solidum tenerentur: non minus et hic novum et singulare jus agnoscas. Nam si ambo præsentes sint et idonei, etiam in superiore conventione non vult Justinianus eos ultra teneri, quam pro parte. *Nov. de duob. reis.* §. 1. *et hac auth. in fin.* Quod si unus solvendo non sit, aut non sit præsens, jus quidem mutat: sed ita, ut cum unus non est solvendo, non jubeat alterum continuo in solidum conveniri, sed solum quanto minus prior facere potest: cum autem unus præsens non est, tunc demum velit alterum in solidum teneri. Et hæc, inquam, non minus animadvertenda. Nam cum duo illi eandem rem promiserint, idque ipsum nominatim actum sit, ut solidum singuli debeent: nemo dubitat, quin sint duo rei promittendi, ex definitione. *L. eandem. L. reos. in fin. de eod.* Cur non igitur non dico, ut duo rei, sed ut qui aperte solidum promiserunt, etiam in solidum tenentur, etiam si omnes et præsentes sint, et sint solvendo? Sed jam dixi, ita duos reos esse, ut simul sint vice mutua fidejussores: ut hac parte non male putaverit Justinianus æquum esse, eos frui beneficio constitutionis suæ, quæ ante caverat de fidejussoribus post reum principalem ordine conveniendis. Quod sine dubio secutus est, cum uno ex his reis absente, aut non idoneo constituto vult alterum in solidum conveniri. Nam et hoc idem constituit adversus fidejussores, cum reus principalis abest, aut non est solvendo. *Novel.* 4. *de fid.* Sed esto, hac parte congruat illa constitutio. At certe, ea parte videtur eadem illa refragari, quod illic reum principalem, cum præsens est, et idoneus, jubet Justinianus prius in solidum conveniri: et quidem ita, ut simul vetet tantisper conveniri fidejussorem vel in totum, vel pro parte. Hic autem contra vult utrumque istum reum simul conveniri, et neutrum in solidum, sed utrumque pro parte. Si sunt duo rei, cur non conveniuntur jure in solidum; si unus reus, et alter fidejussor, cur non superiore constitutione hic utimur, ut uterque tanquam reus principalis pro arbitrio creditoris prius in solidum conveniatur, omisso altero, qui habeatur pro fidejussore? Et recte hoc quæreretur, si aut duo rei tantum essent, aut unus certus tantum reus, alter tantum fidejussor. Nunc autem sic unus reus est, ut sit etiam alter: et sic unus fidejussor, ut sit et alter eodem tempore fidejussor. Hæc conditio personarum eo rem deducit, ut neque singuli tanquam rei principales in solidum conveniri possint, quia sunt et fidejussores, si modo his fidejussorum beneficium tribuere volumus: neque unus tanquam reus prius, quam alter quasi fidejussor, quia et alter reus est. Cui consequens est, ut si unus ut reus potest conveniri, possit conveniri et alter, qui etiam reus est. Et quoniam non possunt conveniri ita, ut singuli solidum præstent, cum res una in obligatione versetur: restat, ut conveniantur pro parte, quoad ejus fieri sine incommodo creditoris potest: quod tunc accidit, cum ambo et solvendo sunt, ut possint partem, quam debent, præstare; et sunt præsentes, ut possint præstare in præsentia. Illud iniquum esse fortasse quis dixerit, cum convenerit, ut singuli in solidum tenerentur, hanc pactionem creditori non servari. Occurrit objectioni Justinianus in *d. Novell. de duob. reis.* illic, *sic enim et illis*: et innuit, ideo non esse iniquum, quia fidejussoribus istis consulatur hac divisione, et nullo damno ex ea re creditor afficiatur. Hoc sentit; quod alii prosit tibi non noceat, humanum esse id cui-

que concedi; etiam si summo jure in ea re deficiamur: sententia Pauli in L. 2. §. *quanquam, fi. de aq. plu. arc.* Ita in summa duo isti rei, iidemque vice mutua accepti fidejussores a duobus, quorum unus sit reus, alter fidejussor, una hac re differunt: quod dum ambo solvendo sunt, et præsentes, conveniuntur ambo: et conveniuntur singuli pro parte, quia necessitas cogit ita eos conveniri: quod secus fit in reo et fidejussore. At si unus ex duobus istis reis, de quibus agimus, pro parte solvendo non sit, aut non sit præsens: hic plane sequimur constitutionem Justiniani de fidejussoribus, ut tanquam si ille in parte quam debet, esset principalis; sic possit alter tanquam hujus fidejussor pro ea quoque parte conveniri: quod illius constitutionis jus est, cum de fidejussore conveniendo agitur.

7 Quid tamen, † si dum unus ex istis reis abest, præsens conventus spatium petat, intra quod absentem evocet, et creditori exhibeat? an impetrare debebit? Nam hoc impetrat fidejussor, cum pro absente reo convenitur. *Nov. de fid.* §. 1. Et putem in proposito hunc quoque reum absentis nomine in solidum conventum idem impetrare debere, quia et hic fidejussor est; et cum absens partem debuerit: apparet præsentem ejus partis nomine conventum tanquam fidejussorem conveniri. Et cur ad præsentem reum venitur iisdem conditionibus, quibus ex priore constitutione Justiniani, *de fidejussoribus* venitur ad fidejussorem, nisi quia et hic reus habetur in hac re pro fidejussore, ut et vere fidejussor vice mutua acceptus est? Quod si et hoc tribuitur fidejussori, quia non magnum damnum est in mora modici temporis, *L. si debitori, D. de jud.* cur non tribuamus et huic reo, cui Justinianus in divisione tamdiu consultum esse vult, dum nullum damnum patiatur actor? *d. Nov. de duob. reis.* vers. *sic enim et illis.* Neque vero refragatur constitutio, quasi quæ præcise velit, si unus absit, alterum conveniri. Non enim simpliciter dicitur superiore conditione alterum conveniri: sed teneri in id, quod creditor ab alio accipere non potuit. At non prius certum est, eum non potuisse id ab alio consequi, quam constiterit, absentem evocatum esse, neque venisse.

Hoc jure posito, unumquemque ex duobus istis reis conveniri posse in solidum, si alter solvendo non est, aut non est præsens: quærendum fuit de his conditionibus quando videantur exstitisse, ut sit solidi exactioni locus.

Et † solvendo non esse, seu non esse idoneum intelligimus eum a quo creditor suum consequi non potest, idque constitutio significat. *Novel. de duo. reis*, vers. *si vero minus.* Quid ergo, si de eo inter actorem, et eum, qui in solidum convenitur, sit controversia, quia conventus dicat alterum esse solvendo, actor neget? Et Justinianus hujus rei probationem vult esse actoris: cujus facultatem commodam illi suggerit, et sine ullo ipsius incommodo. Vult enim ambos reos simul de universa summa conveniri, cum degunt in eodem territorio, rem communiter disceptari, utrumque in commune condemnari. Sic deinde in exsecutione sententiæ discuti singulorum facultates pro ea parte, in quam vult eos teneri. Dicta *Novel. de duo. reis*, vers. *Sin autem iisdem*, et hæc *Authen. hoc ita.* Hæc vero discussio declarabit, quid quisque habeat in bonis, et an hæc ad cujusque partem dissolvendam sufficiant. Si sufficient, habemus eos, qui sunt solvendo, nec jam amplius creditor quam partem ex singulorum bonis capiet. Si unius non sufficient, quantum deerit ad præstationem partis, tanto minus erit solvendo, et eatenus alterum onerabit: quod et actione judicati actor ab altero consequetur. 8

Eum † qui præsens non est, seu absentem varie in usu juris dici constat: quos modos collegit Accursius *in Novel. de fid.* §. 1. ad verbum, *præsentes.* Nec difficilis est animadversio, proposita unaquaque lege, in qua absens nominatur. Ut enim est locus, de quo in lege agitur, ita necesse est absentem varie accipi eum, qui ab eo loco abest, cum præsentia et absentia personæ ad eum locum referatur. Qua ex regula, si quæratur, quem hic præsentem, aut absentem intelligere debeamus: recte dicemus cum Accursio in eo loco, quem supra indicavi, præsentem in illa constitutione *de fidejussoribus* (quod et in simili re ac jure ad hanc constitutionem pertinet) accipiendum eum, qui est in territorio, in quo cum altero præsente agitur: etiam si forte non sit in jure, aut in ipsa urbe atque adeo in locis continentibus. Absentem contra, eum qui non sit in eo territorio, etiamsi sit forte in eadem provincia. Hoc ideo: quia in utraque constitutione notatur is locus, in quo eum uno præsente in solidum agitur: placetque, si uterque sit in eo loco, dividi debere actionem; sin unus absit, alterum, cum quo agitur, in solidum teneri. Id non obscure declarat dicta *Novell. de fid.* §. 1. vers. *si vero intercessor*, cum absurdum esse dicit creditorem alio 9

mit-

mittere, quam ubi cum fidejussore agit, et potest ab eo pucuniam exigere. Is porro fidejussor est is, cum quo agitur in solidum omisso reo principali, qui dicebatur abesse. Nec alia est hujus constitutionis hypothesis, aut ratio in præsente reo conveniendo, cum alter abesse dicitur. Quid, si et hic de eo qui abest, sit controversia: dum scilicet creditor tanquam unus absit, agit cum altero præsente in solidum; qui autem convenitur, dicit alterum præsentem esse, aut se nescire, an absit, et prius id explorari, et absentem esse sibi probari postulat? Utri probationem imponimus: actorine, ut probet eum, de quo contenditur, non esse in eo territorio, in quo cum præsente agitur, nec ante procedat ejus intentio: an vero reo convento, ut probet alterum esse præsentem, nec secum agatur, atque hoc non probato actionem creditoris omnino excipere debeat? Et cum non detur hac constitutione actio adversus unum in solidum, nisi hac conditione, si alter præsens non sit: est hic quoque actoris ante omnia docere illum alterum abesse, atque hoc modo exstitisse actionis conditionem. Nisi enim conditio exstiterit, nulla esse potest actio. L. *cedere*, *D. de verb. sig.* Nec satis est dicere exstitisse, nisi probes. *L. 2. D. de prob.* Neque hoc probare difficile est creditori. Id consequetur hoc modo, si domum ejus mittat apparitorem, per quem in jus vocetur, et neque ibi reperiatur, neque quisquam existat ejus nomine defensor, juxta formam præscriptam in L. 4. §. *prætor*, D. *de dam. infect.*

10 Sed † cum hic duæ tantum sint conditiones ad alterum in solidum conveniendum, si alter solvendo non sit, aut si absit: quid fiet, si unus et idoneus, et præsens erit, sed præsens conveniri non possit? quod multis de caussis accidit. Quid enim, si ex duobus reis, qui vice mutua fidejussores accepti sunt, unus sit pupillus, aut servus, qui obligetur tantum naturaliter? ut in specie *L. si ex duobus*, §. 1. D. *de fid.* Quid si sit, qui obligetur civiliter, sed restitutus sit in integrum beneficio ætatis? ut in specie L. *si Titius*, *D. de fid.* Quid, si unus acceptus in diem, aut sub conditione, et ante quam dies venerit, cum altero in solidum agatur? ut in specie L. *si plures*, *D. de fid.* Finge etiam pupillum præsenti die recte obligatum tutore auctore sine spe in integrum restitutionis; sed abesse tutorem, sine cujus auctoritate pupillus conveniri non potest. L. 1. §. 1. D. *de adm. tut.* Quid, inquam, fiet in his omnibus caussis? An qui conveniri non potest, habebitur pro absente, ut sic ex conditione legis alter possit in solidum conveniri? an vero quia idem et solvendo est, et præsens est, alter convenienter tantum pro parte, quia conditio legis, quæ actionem tribuit in solidum, deficit? Dicemus satis haberi pro absente in proposito, qui jure conveniri non potest, aut non potest in præsentia: eoque, quanvis idem solvendo sit, et præsens corpore; tamen tanquam absente eo nihilominus alterum in solidum conveniri posse. Idque mens et sententia legis exigit. Cur enim uno absente placet Justiniano alterum in solidum teneri? Explicat Justinianus *in Novell. de duob. reis*, versic. *si vero minus*, et quanvis non exprimeret; tamen est in promptu: quia videlicet absens conveniri non potuit in eodem territorio, nec potuit ibi creditor ab eo partem quæ debetur, accipere. Atqui multo minus conveniri ibi potuit, qui omnino jure non potuit, neque illic, neque alibi: multoque minus potuit creditor ab eo suum consequi. Quare et multo magis hoc casu adversus alterum in solidum actionem dari voluit, atque hoc modo creditori consuli: omninoque ita jus est, quibus in caussis ratio legis versatur, in his idem æstimari debere, quia ea sit sententia et voluntas legis. *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* L. *non possunt*, *L. nam ut*, *D. de legib.* Neque hic distinguemus, utrum creditor ignorarit unum ex reis in ea caussa esse, ut posset non conveniri: an vero sciverit, quasi si sciverit, ei nocere debeat. Hæc enim distinctio in duobus reis recipienda non est, de quibus nominatim convenerit, ut singuli in solidum tenerentur: ac de his nunc agimus: cum ideo creditor sibi caverit ab altero solidum: quia sciebat se ab altero invito partem non posse consequi. Plane † si proponas per creditorem factum es- 11
se, ne unus teneretur: non nocebit ea res alteri, quominus et is pro parte semper teneatur. Vetant regulæ juris, quæ dictant; neminem alterius conditionem facere posse deteriorem: item, alteri per alterum iniquam conductionem inferri non posse: item, factum cuique suum, non adversario nocere debere, L. *solvendo*, *D. de neg. gest.* L. *non debet alteri*, *L. factum cuique*, *D. de reg. jur.* Finge unum pacto creditoris liberatum, aut creditorem vel non petendo intra tempora constituta, vel male agendo ab uno cecidisse; aut unum dolo malo inductum, ut promitteret: quibus in caussis factum creditoris alteri confidejussori, aut contutori ad eum in solidum obligandum non al-

nocere responsum est, *L. si pupillus, D. de adm. tut. L. si Titius, in fin. D. de fid.* congruit L. *Stichum*, §. *pen. D. de sol.*

12 Sunt † igitur hactenus constitutæ conditiones hæ tres, quarum unaquaque exsistente placeat quemque ex duobus reis, etiam qui vice mutua fidejussores accepti sunt, in solidum teneri: si alter scilicet non sit solvendo; si præsens non sit; si præsens conveniri non possit, idque facto, aut culpa creditoris non acciderit postea. Addemus ex jure communi quartam conditionem, quæ et vulgo recte recepta est: si ita convenerit de singulis in solidum conveniendis, ut beneficio divisionis hac constitutione sibi tributo renuntiarent. Sic enim jus perpetuum est, licere unicuique juri pro se introducto renuntiare, *L. pen. sup. de pact. L. pactum, D. eod.* L. *si judex, D. de min.*

AD TITULUM XLI.

COD. DE FIDEIUSSORIBUS, ET MANDATORIBUS.

SUMMARIA.

1. *Cautionum genera duo, et quæ.*
2. *De fidejussoribus cur hoc loco, non conjunctim cum pignoribus.*
3. *Intervenientium pro aliis species.*
4. *Fidejussores, qui.*
5. *Expromissor quis, et quid a fidejussore differat.*
6. *Fidejussorum obligatio.*
7. *Fidejussores unde dicti.*
8. *Mandatores qui, et quæ eorum obligatio.*
9. *Constitutæ pecuniæ rei, qui; et quid intersit inter horum et fidejussorum obligationem.*

Fidejussoribus tunc locus est, cum id agitur, ut creditori magis cautum sit.
1 *Inst. eod. tit. in prin.* Cautionum † duo genera. Nam aut pignoribus cavetur, aut reis, idest, iis, qui pro alio rei fiant. L. 1. §. *jubet, D. de collat. bon. L.* 4. §. *addici, D. de fid. liber.* De pignoribus supra diximus. His adjungetur alterum cautionis genus, quod est positum in personis pro aliis
2 intervenientium. De † quo tamen genere potius hoc loco separatim traditum est: quia fidejussores, qui sunt horum reorum numero, verbis constituuntur: ut proinde placuerit tractationem de verborum obligationibus
3 præmitti. Reorum, † qui pro alio, qui idem principaliter debiturus sit, interveniunt, tres sunt species: fidejussores, mandatores et qui constituunt, *Novel.* 4. *de fidejuss.* §. *pen.*

4 Fidejussores sunt, † qui pro alio obligato una idem promittunt verbis. *L.* 5. §. *satis acceptio, D. de verb. obl.* Itaque desiderat fidejussio res duas ad obligationem: in forma contrahendi, verba seu stipulationem, in caussa, alienæ obligationis susceptionem. Sine stipulatione non constituuntur fidejussores. *L. blanditus, inf. hic. d. L.* 5. §. *satis acceptio, de verb. obl.* Nisi autem fidejussor alienam obligationem in se, non dico, transfert, sed suscipit, ut distinguuntur illa in L. 1. *sup. ad Vellej.* ut sic ad alienam obligationem fidejussor accedat: non obligatur, ac ne fidejussor quidem est §. *fidejussores, Inst. eod.* Inde fidejussores adpromissores dicti: quia scilicet ad id, quod alius debuit, accedentes idem promittunt. *d. L.* 5. §. *satis acceptio.* Inde etiam dicti accessiones principalis obligationis, sine qua nec consistunt *d.* §. *fidejussores. Inst. eod.* Ex quo illa: nisi quid debeatur, et principalis obligatio aliqua præcedat, fidejussores obligari non posse. L. *is cui bonis*, D. *de verb. obl.* Item, fidejussorem in majorem quantitatem aut deteriorem caussam obligari non posse, *d.* §. *fidejussores ita.* Postremo, principali reo liberato et fidejussores liberari: quoniam principali caussa non subsistente, non possit esse accessioni locus L. *in omnibus speciebus. D. de solut.* L. *cum principalis, D. de reg. jur.* Sed ut obligationem præcedentem requirimus, cui fidejussor accedat, quo is obligetur: ita qualiscunque obligatio præcedat, nihil interest, utrum civilis, an naturalis; et civilis, utrum verbis contracta, an re, an literis, an consensu solo. §. 1. *Inst. eod.*

Sane † fieri potest, ut quis obligationem 5
alienam in se suscipiat liberato priore reo, aut eo nomine non obligato; cum tamen obligari deberet: qui in usu juris dicitur expromissor, L. *et eleganter*, §. *servus pactionis, D. de dolo.* L. *qui libertinus, in fin. D. de*

oper

oper. liber. Sed hic fidejussor non est, neque adpromissor; quia non idem cum alio promittit, unde et a fidejussore ubique distinguitur. *L. ut res, D. de contr. empt.* §. *venditæ, Inst. de rer. divis.* Quamobrem et
6 ad hunc tractatum nihil pertinet. Cum † autem dicamus fidejussores vebis constitui: ex eo apparet, quam teneantur, et quo jure. Quisquis stipulanti quid promittit, iure civili obligatur. §. *de constituta, Inst. de act. Inst. de verb. obl. in pr.* Proinde hæc ipsa
7 fideiussorum obligatio est. Dicuntur † fideiussores, ex formula vetere in fideiussoribus constituendis recepta. Interrogabantur enim adpromissores futuri, an id quod ab alio debetur, fide sua esse iuberent, idest, vellent id constitutum esse fide sua, et an in eam rem fidem suam obstringerent: respondebant illi se iubere esse fide sua, ut indicatur in §. *pen. Inst. eod.* Alioqui omnes debitores etiam principales fidem suam obstringunt. *L.* 1. *D. si cert. pet.*

8 Mandatores † in iis qui pro aliis intercedunt, dicuntur, qui ad creditorem futurum veniunt, et eum rogant, ut pecuniam credat debitori futuro. Nam cum his creditor ita pecuniam credit, duo ex ea caussa obligantur: primum is, cui ea pecunia credita est, qui obligatur ex caussa mutui, qui idem reus est principalis, ut cuius caussa mutuum comparatum sit. Alter is, qui mandavit, qui ex mandati caussa tenetur creditori contrario judicio mandati, ut illi præstet, quod is rogatus credidit. Nascitur hæc obligatio ex consensu, ut et obligatio mandati omnis. *Inst. de obl. ex cons.* Sed nihilominus eadem vis est obligationis hujus, quæ et stipulationis, qua fidejussores constituuntur. Quid distent mandatores a fideiussoribus, ex his definitionibus manifestum est.

Qui † pecuniam ab aliquo debitam vel pro se vel pro aliis constituunt se soluturos, 9
hi non minus quam superiores ex constituto obligantur: quanvis neque verbis, et stipulatione fidem suam adstringant, neque quidquam mandet creditori, sed potius his mandetur, ut constituant, §. *de constituta, Inst. de act.* L. 1. *et* toto Tit. *D. de const. pec.* Roget igitur aliquis: cum omnis, qui pecuniam constituit, nudo pacto pro aliis obligetur, quid adeo opus sit stipulatione ad fideiussores constituendos. Nempe ideo opus est: quia utrum fideiussores verbis constituantur, an quis pecuniam solo pacto constituat, multum interest. Fideiussores statim et sine ulla conditione tenentur, siquidem pure accepti sint. Qui autem pecuniam constituit, non tenetur, nisi certis conditionibus edicto prætoris de hac caussa comprehensis. Nam si per actorem steterit, quo minus fieret, quod constitutum est: qui constituit, non tenetur, L. *si duo.* 16. §. 1. D. *de const. pec.* sed nec tenetur ante, quam dies saltem decem præterierint, *L. promisso Stichi, D. de const. pec.*

Ad L. 1.

Impp. Severus et Antoninus AA. Lysiæ.

Si Lysias adempta parte bonorum exsulare jussus est: non nisi pro parte, quam retinuit, creditoribus obligatus est. Verum qui pro eo fidem suam adstrinxerunt, jure pristino conveniri possunt. PP. Idib. Octobr. Severo A. III. et Victorino Coss.

S U M M A R I A.

1. *Publicatis extranei debitoris bonis, aut parte bonorum, ita damnatum liberari, ut fiscus eatenus damnato succedat cum suo onere.*
2. *Publicatis bonis fidejussores damnati quanvis liberati nihilominus teneri: et quam recte.*
3. *Extra quam si damnatus, ex alia caussa liberatus sit, quam damnatione, et* L. 4. in pr. D. si quis caut. *sententia.*
4. *Damnato debitori suo si fiscus succedat, et penitus tolli obligationem, et liberari fidejussores.*
   L. in fraudem, §. si principalis De. d r.u'fisc. *explicatur*, ibid.

1 QUoties † quis ita damnatur, ut ex damnatione ejus bona publicentur sive universa, sive pro parte (quod posterius in quibusdam judiciis accidit, ut lege Julia de

de vi privata, §. *item Lege Julia de vi, Inst. de pub. jud.*) toties damnatus, si quid prius debuit, pro ea parte liberatur, pro qua bona publicata sunt. Neque ideo constitutum est, ut damnatio prodesset debitori, quod esset iniquissimum, sed quia bonis publicatis sic tanquam mortuo fiscus eatenus damnato succedit, et succedit cum suo onere: ut jam pro damnato fiscus tanquam successor incipiat teneri, *L. 2. infr. ad* L. *Jul. de vi. L. cum tabulis, in fin. D. de his quæ ut indig. auf.* L. *fiscus, in princ.* D. *de jur. fisc.*

2 Ea † res facit, quod hic traditur, ut si damnatus fidejussores dederit, nihilominus publicatis bonis fidejussores in solidum, ut prius, teneantur. Etsi enim principalis reus liberatus videatur; tamen ejus persona sublata supererit fiscus, qui in eam obligationem succedit, et ita succedit, ut nihilominus eadem persona cum defuncto esse videatur: hæc enim conditio est personæ heredum, *Novel. de jurejur. a morien. præst. L. quædam*, §. 1. *D. de eden.* Quapropter nihil hanc sententiam offendit regula juris, qua efficitur, liberato reo etiam liberari fidejussores. *L. in omnibus speciebus, D. de solut.* Hinc enim effectum est non liberari principalem reum, qui successorem habet, ut qui in persona heredis debere adhuc intelligitur.

3 Sane † si damnatus reus ita liberetur ex aliqua caussa, ut nec heres eius ex eadem caussa teneatur: probandum est principali caussa ita sublata, etiam fideiussorem liberari. Id accidit in ea caussa, cum is qui promiserat se iudicio stiturum certa die, et in eam rem fideiussorem dederat, ideo non stetit: quia iudicio capitali damnatus erat, vel morte, vel exsilio. In qua specie scriptum est in L. 4. *in pr.* D. *si quis caut.* promissorem quidem ex ea stipulatione certo non teneri, quia exceptionem habet; sed adiicitur, nec teneri fideiussores. Atqui in ea specie bona damnati publicata sunt, et in eius locum fiscus successit, ut est in specie huius loci. Ita est: sed longe dissimilis est liberationis caussa utroque in loco. Nam cum quis ideo non venit in iudicium, quia damnatus est: nempe ideo non venit, quia non potest venire sententia prohibitus: quod cum accidit, toties adversus actionem ex ea stipulatione comparatam datur promissori exceptio, *L. 2. D. si quis caut.* Unde rursum evenit, ut non magis teneantur promissoris heredes, quam ipse promissor, quoniam impossibilium nulla obligatio est, *L. impossibilium, D. de regul. jur.* proinde nec fiscus post damnationem tenetur. Quod si ita est, consequens est regulæ iuris nec fideiussorem ex ea caussa teneri, *d. L. in omnibus speciebus, D. de solut.* L. *cum principalis, D. de reg. jur.*

Verum † huic rescripto, atque isti damnationi opponitur generalis definitio L. *in fraudem*, §. *si principalis*, D. *de jur. fisc.* ubi hæc Pauli verba sunt: *si principalis rei bona ad fiscum devoluta sint, fidejussores liberantur.* Sed de alio, atque alio debitore hæc dicta sunt. Agitur hoc rescripto de debitore extraneo, cui cum fiscus succedit, non ideo successione obligatio tollitur, sed confirmatur: hac manente etiam fideiussores obligatos teneri necesse est. Pauli autem definitio superior de principali reo qui fisco debuerit, intelligenda est: cuius postea bona ad fiscum creditorem devoluta sint, idest, cui fiscus successerit. Nihil certius, quam in universum hoc casu fideiussores liberari. Hic enim creditor debitori succedit, quod cum fit, obligatio confusione tollitur, L. *Stichum*, §. *aditio*, *D. de solut. L. debitori, supra de pact.* Obligatione principali hoc modo sublata fieri non potest, quin et fideiussores liberentur, *d.* L. *in omnibus speciebus*, L. 4. *hic.* Et ut sequentia verba illius definitionis Pauli obiter explicemus, subiicit Paulus, ut est lectio Pandectarum Florentinarum; *nisi forte minus idonei sint, et in reliquum non exsolutæ quantitatis accesserint.* Quorum verborum hæc est sententia: Fideiussores superiore confusione liberantur, nisi sint fideiussores rei principalis minus idonei, idest, rei, qui non sit solvendo: ut fideiussores in eam quantitatem, in quam reus principalis solvendo non fuit, sese obligaverint, ut in specie L. *decem*, *D. de verbor. obl.* Itaque hæc exceptio hæc declarat: etiam tunc, cum fiscus debitori suo succedit, nihilominus fideiussores debitoris teneri, si principalis debitor partem solvere non potuit, et nominatim fideiussores in eam partem intervenerint. Alia lectio fuit tempore Accursii, quam ille commemorat ad eum locum, in hæc verba: *etsi minus idonei sint, et in reliquum non exsolutæ quantitatis* accesserint, *et si* pro *nisi.* Lectio superiori contraria. Nam prior illa de definitione proposita excipit eos fidejussores, qui pro reo minus idoneo intervenerint. Posterior etiam in hoc casu retinet definitionem, ad hanc sententiam: ut cum ad fiscum bona rei principalis pervenerint, fidejussores omnino liberentur; nec ad rem pertineat, an reus principalis solvendo fuerit, et fidejussores in eam quantitatem, quæ exsoluta non est, interve-

ne-

nerint. Nunc cum ne in eam quidem quantitatem fidejussores amplius teneantur: hæc lectio et sententia nobis retinenda est, priore repudiata. Est enim juris certi, cum fiscus debitori suo succedit, obligationem rei tolli confusione, etiamsi reus principalis solvendo non fuerit. Nam si obligatio rei principalis tunc tollitur, et fisco amittitur, cum reus solvendo fuit: multo magis tolletur tunc, cum reus solvendo non fuit: denique sive reus solvendo est, sive non est, semper debitor pariter obligatur. Atqui hæc obligatio omnis confusione tollitur, quoties creditor succedit debitori, *d. L. debitori*, *supr. de pact.* L. *Stichum*, §. *aditio* D. *de solut.* Obligatione principali sublata, necesse est etiam fidejussores liberari sine exceptione: quia ut jam aliquoties diximus, fieri non possit, ut sublata caussa principali accessioni sit locus: *d. L. in omnibus speciebus*, et §. *fidejussores*, *Inst. de fid.*

Ad L. Creditori. 2.

Iidem AA. Plotio.

Creditori qui pro eodem debito et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam in qua se obligaverit: quod cum facit, debet jus pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque caussa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur. Dat. V. Kal. Febr. Apro II. et Maximo Coss.

SUMMARIA.

1. *Fidejussorem non prius conveniri posse, quam aut abiisse probetur reus: aut non esse solvendo.*
2. *Fidejussorem quamvis recte conventum non prius cogi solvere, quam cessis sibi a creditore in debitorem actionibus et pignoribus, et quo jure quamque recte id tributum fidejussori.*
3. *Pignora in aliam quoque summam obligata, quam in quam fidejussor tenebatur, fidejussori cedi necesse non esse.*

Hic locus est de vi et effectu obligationis fidejussoriæ. Cum fidejussor stipulatione obligetur: si hic stipulationis et obligationis ejus, quæ inde nascitur, regulas sequeremur: consentaneum erat, ut fidejussores a creditore, eodemque stipulatore statim conveniri possent, et ita conveniri, ut fidejussores conventi necesse haberent solvere, etiamsi creditor vicissim eis nihil præstaret. Sic enim jus est de stipulatione, omnique obligatione pura, ut quod pure promissum est, id statim a promissore peti possit, §. *omnis*, *Instit. de verb. oblig.* Et si creditor vicissim nihil promisit, nihil habet debitor, quod jure suo possit ab eo exigere. Conditionem enim stipulationis ab initio constitutam mutare non potest neque creditor, neque debitor, *L. vero*, *D. de solut.* L. *habere*, *D. de evict.* Sed de his singulare con-
1 stitutum est in persona fidejussorum. Ac † primum ita quidem ex suprascripta regula jus vetus erat, ut liberum esset creditori statim fidejussorem convenire omisso principali reo, quod jus traditur in princ. hujus L. 2. item L. 3. *et L.* 5. *eod. tit.* Hodie contra ex constitutione Justiniani, qua id jus mutatum est, *Nov.* 4. *de fidejus.* cujus summa expressa est in *auth. præsente*, *inf. hoc tit.* de qua ibi dicetur. Preterea † hoc proprium 2
fidejussoriæ obligationis, ut non prius fidejussores cogantur creditori solvere, quam ille actiones suas adversus reum et pignora ab eo accepta cesserit, ut declaratur hac L. 2. item L. *cum is*, 36. D. *eod.* Sed unde hoc jus petitum, cum repugnet naturæ obligationis? Non sane ex communi jure, et potestate obligationis, sed ex æquo et bono. In eamque rem datur fidejussori doli mali exceptio qua excludatur creditor, qui non oblata actione et pignoribus jus suum persequitur. Exceptionis ratio et æquitas hæc est. Scimus exceptionem doli mali competere adversus eum, subtilitate juris fretus aliquid contra naturalem æquitatem petit, L. 1. *D. de doli ma. et met. exc.* At æquum est, creditorem cum illi pecunia solvitur a fidejussore, actiones suas fidejussori cedere. Id enim fidejussori prodest, et cedenti nihil nocet; et

et præterea etiam in eam rem creditor pecuniam accipit. Quod præstitum accipienti prodest, nobis nihil nocet, id secundum naturæ æquitatem est cuivis præstari etiam ignoto, L. 2. §. *quamquam, D. de aq. et aq. plu.* Ita hanc cessionem fidejussori denegare hoc prætextu, quia de eo nihil convenerit, est contra naturæ æquitatem facere per subtilitatem et occasionem juris summi. Quare et adversus eam denegationem doli exceptioni locus est. Quod † tamen dictum est, creditorem pignora a debitore accepta fideiussori cedere debere, recte monemur hoc rescripto sic temperandum esse, si pignora tantum in eam summam, quæ a fidejussore solvitur, obligata sint: quo casu cessio creditori nihil nocitura est. Diversum esse, si ea pignora præterea a debitore in aliam summam sint obligata. Nam tunc creditor pignora fideiussori cedere non potest, quin in illam summam amittat pignorum persecutionem. Sic cessio a creditore exigenda est, ne illi noceat. Quapropter recte placet non aliter impetrare debere fidejussorem, ut sibi cedantur pignora, quam si paratus sit omnem pecuniam, quæ debetur exsolvere.

3

Ad L. Non recte. 3.

Iidem AA. Maximo.

Non recte procuratores nostri, si allegationi tuæ fides adesset, audiri et noluerunt ex bonis fidejussoris, quæ ad fiscum pervenerunt, pecuniam repetentem, sed reum principalem convenire jusserunt, cum electionis potestas permittatur creditori. Sed cum duos fidejussores accepisse te proponas: si alter idoneus est, intelligis te divisa quantitate partem competentem a Procuratore nostro petere debere, et adversus alium fidejussorem ejus experiri. Nam licet significes adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur: tamen nihil hæc res mutat conditionem juris et constitutionem. Nam et cum hoc non adjicitur, singuli tamen in solidum tenentur: sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur. PP. XVII. Kalend. Septembr. Antonino A. III. et Geta III. Coss.

SUMMARIA.

1. *Fidejussores plures, singulos jure non tantum vetere, sed et novo in solidum teneri, quatenus cœteri solvendo non sint.*
2. *Inter plures fidejussores si omnes solvendo sint, dividi obligationem ex epistola D. Hadriani, sed per exceptionem duntaxat, non ipso jure, et quis effectus.*
3. *Beneficium tributum solum pluribus fidejussoribus unius debitoris, non plurium debitorum, etsi unius summæ fidejussores sint.*
4. *Beneficium denegatum pluribus fidejussoribus tutorum; et cur.*
5. *Fidejussores plures an omnes solvendo sint ad beneficium divisionis, spectandum tempore litis contestatæ: et hoc quam vim habeat.*
6. *Beneficium divisionis inter fidejussores inficiantibus denegatum.*
7. *In pluribus fidejussoribus accipiendis si convenerit, ut singuli in solidum teneantur, nihilominus eos beneficio divisionis uti posse, et cur non repugnet conventio.*
8. *Beneficio divisionis non usum fidejussorem, si solidum solverit, nullam eo nomine adversus confidejussores actionem habere.*

DUÆ sunt partes huius rescripti. Priore id ius traditur, de quo supra in L. 2. diximus, licere creditori omisso reo principali fideiussorem convenire: idem in L. 5. *hic.* Hoc ius immutatur *auth. præsente*, quæ sequitur, et ad huius iuris exceptionem id fragmentum pertinet. Altera pars est, qua de obligatione plurium fideiussorum comprehenditur, in qua quæritur, quatenus fideiussores teneantur: de quo ita statuendum est.

Plures † fidejussores ejusdem rei, seu pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit: et sive omnes solvendo sint, sive non sint, ut in extremo hujus rescripti declaratur. Neque hoc jus mutatum esse putandum est constitutione Novella Iustiniani *de duobus reis*, unde auth. *hoc ita, sup. de duob. reis*, sumpta. Ea quidem constitutione effectum est, duos reos promittendi non teneri in solidum, sed pro parte, etiamsi singuli sol- 1

ven-

vendo non sint; nisi nominatim convenerit, ut in solidum obligarentur. Et potest existimari ea constitutio ad fidejussores transferri debere, ut nec fidejussores plures tanquam rei ejusdem summæ teneantur in solidum, nisi nominatim convenerit. Sed recte recepta est vulgo hæc sententia, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Differentiæ ratio non est obscura. Nam plures rei promittendi eodem tempore ejusdem pecuniæ nomine accipiuntur. Unde existimari potest pro numero personarum dividi obligatio inter eos, ut illis respondentibus de centum, intelligantur singuli promisisse quinquaginta, L. *reos*, D. *de duobus reis*, L. *cui fundus*, D. *de cond. et demon.* Potest quidem accipi et illud coniectura voluntatis: quasi singuli ut verbis solidum responderunt, ita et re videantur solidum promisisse. Sed cum id incertum esset, voluit Justinianus non aliter id accipi, quam si nominatim convenisset, ut singuli vel in solidum tenerentur. In quo sustulit dubitationis caussam, quemadmodum prius fecerat in novatione, L. *ult. infr. de novat.* At plurium fideiussorum obligatio dubitationem non habet, quin ex eorum promissione singuli in solidum obligentur. Nam singuli promittunt id, quod reus debet, et quantum debet: debet autem solidum. Quamobrem et singuli fideiussores promittunt solidum, ut ad eam rem explicatione alia apertiore non sit opus. Tenentur ergo plures fideiussores in solidum, idque sine controversia, si cæteri idonei non
2 sunt. Quod † si omnes sint solvendo, hic beneficium fideiussoribus tributum est epistola quadam Hadriani Imperatoris, ut obligatio inter fideiussores dividatur, §. *si plures*, *Institut. eod.* L. *si plures*, *D. eod. et hac L. in fin.* In qua divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fideiussores per exceptionem duntaxat, non ipso iure. Huius differentiæ quis sit effectus, sumendum ex *L. inter*, 26. *D. eod.*

3 Sed † non tribuitur hoc beneficium omnibus, nec sine exceptione. Non omnibus fideiussoribus hoc beneficium datum; sed iis, qui non solum eiusdem summæ, sed etiam eiusdem debitoris fideiussores sunt. Cæterum inter plures diversorum debitorum fideiussores actio non dividitur. Utputa, stipulatus sum decem ab aliquo, et fideiussorem ab eo accepi. Eadem decem ab alio sum stipulatus, et ab eo quoque accepi fideiussorem: ut appareat duos eiusdem summæ fidejussores esse. Nihilominus singuli in solidum convenientur: non enim sunt unius debitoris fidejussores, sed plurium debitorum, et in negotio debitoris principalis sunt singuli, non plures, L. *si a Titio*, *D. eod.* Similiter si a debitore fidejussorem accepi, et a fidejussore alium fidejussorem ejus nomine: duo quidem sunt hic fideiussores eiusdem summæ, sed non ideo inter eos actio dividitur: L. *si plures*, §. *ultim. D. eod.* quoniam scilicet sunt plurium debitorum fideiussores; prior debitoris, posterior fideiussor fideiussoris. Sed † et in persona plurium 4
fideiussorum unius debitoris, placuit hoc beneficium fideiussoribus tutorum non dari; sed fideiussoribus tantum eorum creditorum, qui ipsi fideiussores sua conventione acceperint hoc in *L. ult.* D. *rem pup. sal. fore.* ubi et differentiæ ratio a Papiniano explicatur ad hanc sententiam: nam qui cum fideiussoribus contrahunt, possunt ab initio convenire, ut singuli fideiussores in solidum conveniantur. Quod si non fecerunt, de se queri debent. Pupillo nihil tale imputari potest in fideiussoribus tutorum: quoniam ipse cum tutore non contrahit, eoque nec cum eius fideiussoribus, sed in eos incidit.

Datur † autem hoc beneficium duabus 5
conditionibus. Una est, si omnes fideiussores idonei sint, ut hic dicitur, idest, si sint solvendo omnes, idque spectatur tempore litis contestatæ, §. *si plures*, *Inst. eod.* L. *inter*. 51. §. 1. D. eod. Quod dicimus tempus litis contestatæ in hac re spectari, id eam vim habet, ut nihil prosit fideiussoribus, qui solvendo sunt, si cæteri fideiussores aliquando solvendo fuerint ante litem contestatam, et ante solvendo esse desierint; sed qui eo tempore solvendo non est, hoc cæteros onerat, *d.* §. *si plures*, *Inst. eod.* E converso si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, et postea aliqui minus idonei esse cœperint ante sententiam: ea res ad onus eius, qui solvendo est, non pertinet. Addit Papinianus, nec auxilio defendi ætatis actorem: non enim deceptum videri, qui iure communi sit usus, hoc in L. *inter eos*, §. *pen. D. eod.* Et generaliter quoties constituitur, ut inter aliquos dividatur actio, si certo tempore idonei sint, toties solvendo esse desiisse aliis non nocet, si post tempus id contingit, *L.* 1. *supr. de divid. tut.*

Altera † conditio est, si fideiussores non 6
negent se fideiussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis non tribuitur, *L. si dubitet*, §. 1. *D. eod.*

Quid, † si in fideiussoribus accipiendis 7
convenerit inter creditorem et fideiussores, ut fideiussores singuli in solidum teneantur: an

an ex hac conventione singuli in solidum conveniri possunt? Hic rescriptum est, non eo minus fideiussores beneficio iuris uti posse, ut non nisi pro parte conveniantur. Additur ratio: quia iure hoc fit, ut inter fideiussores dividatur actio: hæc autem conventio, quæ proponitur, iuris conditionem et constitutionem non mutat. Sed huic rationi universi iuris de pactis ratio atque æquitas reclamare videtur: etsi enim hic beneficium divisionis tribuatur fideiussoribus iure: tamen beneficium est de re privata et familiari, idemque pro fidejussoribus constitutum. Atqui jus certum est licere cuivis pacisci, et paciscendo deteriorem conditionem suam facere, L. *jurisgentium*, §. *si paciscar*, L. *pactum*, *D. de pact.* et in universum licere juri pro se introducto renuntiare sine exceptione, L. *pen. sup. de pact.* Proinde etiam ex hoc jure hæc conventio servanda est, ac servatam plusquam manifestum est mutare superioris juris conditionem. De quo ita recte constituetur: negari non posse, nec debere, quin hic quoque, ut in cæteris caussis, inter privatos conventio sit servanda; sed non ideo ita esse servandam, ut singuli fidejussores conveniri possint in solidum contra juris superioris rationem, non quia jus superius impediat; sed quia non id agatur conventione, ut id ius mutetur. Sic enim fuit conventio, ut singuli fideiussores in solidum tenerentur; at hoc ipsum et iure constitutum est, ut in solidum teneantur. Hactenus ergo conventio iuris constitutionem non mutat, sed confirmat. At enim ius constitutum est, ut fideiussores pro parte tantum conveniri possint, si omnes sint idonei. Ne hoc quidem mutat superior conventio. Non enim convenit, ut fideiussores in solidum conveniantur, sed ut teneantur: tenentur autem in solidum semper etiam tum, cum conveniuntur pro parte. Humanitatis enim caussa ita conveniuntur, ut conventio sit ipsis quam minimum damnosa; non autem ideo, quia non teneantur. Argumento est, quod si non omnes solvendo sint: hi qui solvendo sunt, tenentur, et conveniuntur in solidum. Hoc loco varie nobis occurritur. Nam primum hoc ipso, quod convenit, ut in solidum tenerentur fideiussores, convenisse intelligitur, ut in solidum convenirentur, etiamsi omnes essent idonei: quoniam verba cum effectu accipienda sunt, *L. pen.* §. *docere*, *D. ne quis eum qui in jus voc. est.* Effectu autem non intelligitur teneri, qui removeri non potest: quoniam dicimus creditores non esse eos, qui exceptione perpetua conveniri possunt, *L. creditores*, D. *de verb. sign.* Respondeo: etiam si interpretemur fideiussores in solidum teneri, qui conveniri tantum possint pro parte; nihilominus tamen verbum tenendi cum effectu a nobis accipi. Nam is, qui solvendo est, si cæteri non sunt solvendo, ut in solidum tenetur; ita et convenitur in solidum: si omnes solvendo sunt, etiam effectu creditor consequitur suum a cæteris: a quibus autem consequatur, nihil eius interest, dummodo consequatur. Rursum alia ratione effici dixeris, superiorem conventionem de singulis fideiussoribus in solidum conveniendis accipi debere. Etenim si ita interpretamur, ut fideiussores singuli in solidum non possint conveniri, etiam tunc, cum omnes idonei sunt: conventio est inutilis. Nam et sine conventione est inutilis. Nam et sine conventione idem jure efficiebatur, ut hoc rescripto traditur. At in interpretatione orationis omnis hæc regula præscribitur, orationem sic accipi debere, ut omnino aliquid egisse videatur, *L. si quando*, *in prin. D. de legat.* I. *L.* I. *in fin.* D. *ad municip.* Quare hanc quoque conventionem sic interpretari debebimus, ut fidejussores idonei singuli in solidum conveniri possint, ne sit conventio inutilis. Huc facit L. *quoties in stipulationibus*, D. *de ver. obl.* *L. ubi*, L. *quoties in actionibus*, *D. de reb. dub.* Sed quod dicitur, conventionem sic interpretandam esse, ne sit inutilis, sic intelligendum est: si modo etiam ea sententia, quam accipi volumus, verbis contineatur. Nunc autem convenit, ut omnes fidejussores teneantur in solidum: his verbis non continetur, ut omnes in solidum conveniantur, cum possit teneri in solidum jure, ut certe tenentur; et tamen humanitatis caussa non conveniantur in solidum, nisi quatenus necesse sit, idest, quatenus non sunt solvendo. Bene igitur et prudenter responsum est, superiore conventione non adimi beneficium divisionis fidejussoribus. Sed
† quodcunque hic beneficium est divisionis, 8
sciamus id tribui fidejussoribus pro parte se conveniri desiderantibus. Quo neglecto si solidum solverint, sciant eo nomine actionem se tantum habere adversus debitorem, non etiam adversus cæteros fidejussores, L. *cum alter*, *inf. hoc tit.* §. *si plures*, *Inst. eod.*

Ad Auht.

Ad Auth. *præsente.*

Præsente tamen utroque non permittitur intercessorem conveniri, priusquam reus inventus est minus idoneus, sive in totum, sive in partem. Absente autem reo præsens intercessor jure quidem convenitur: ipso tamen desiderante judex definiet tempus, intra quod deducat reum primo conveniendum, ipso in subsidium reservando. Nam transacto tempore compellitur intercessor satisfacere, cessis sibi a creditore actionibus, absque distinctione contractus sive intercessionis.

SUMMARIUM.

1. *Ad fidejussorem non prius perveniri posse, quam reus principalis aut absit, aut non sit solvendo: et quam recte id præter conditionem obligationis constitutum.*

OLim liberum fuit creditori omisso principali reo fidejussorem convenire: quod jus positum est in L. 2. L. 3. *sup.* L. 5. *inf. eod.* Id nitebatur optima ratione, si quis sequeretur conditionem obligationis. Nam fidejussores se obligarunt, non sub conditione, si reus principalis prius conveniretur; non in diem, cum aliquod spatium intervenisset, intra quod reus principalis posset evocari. Pure igitur: quo in genere regulæ juris efficiunt, ut qui eo modo se obligavit, statim possit conveniri sine exceptione, §. *omnis*, *Instit. de verb. obl.* L. *eum*, *qui Kalendis*, §. 1. *D. de verb. obl.* Justinianus
1 † hoc mutavit. *Novell.* 4. *de fidejuss. in pr.* unde hoc fragmentum; vetuitque, ne ad fidejussores perveniretur, nisi aut reus principalis absens esset, ut non esset ejus conveniendi copia, aut ita præsens esset, ut constaret eum excussis ejus facultatibus non esse solvendo. Hoc etiam addidit, ut quanvis reus abesset, fidejussori desideranti spatium a magistratu daretur, intra quod posset reum evocare, et dare creditori conveniendum. Sed quo jure, quave ratione æquitatis potuit Justinianus actionem creditori semel quæsitam ei auferre: cum sit, certi juris et convenientissimum rationi naturali, nulli jus suum detrahi, nulli actionem quæsitam auferri invito? *L.* 2. D. *de his*, *qui sunt sui, vel alie. jur.* L. *habere*, D. *de evict.* Item cum constet conditionem, quam stipulatio ab initio accepit, non posse mutari invito aut creditore, aut debitore L. *vero*, §. 1. *D. de solut.* Nempe summi juris ratio id postulabat, ne fieret: sed constitui humanum visum est, et conveniens æquitati naturæ. Ratio humanitatis et æquitatis hæc est, quod fidejussores ad fidejubendum ex liberalitate et beneficio accedunt. Est æquissimum nulli officium suum damnosum esse, quoad ejus sine injuria creditoris consequi liceat, *L. si servus*, §. *quod vero*, *in fin.* D. *de furt. L. sed si quis*, *D. quem test. aper.* At fit sine injuria creditoris, si prius cogitur debitorem convenire. Nam si ab eo consequitur, quod vult, malitiose amplius requirit. Si non consequitur, habet fidejussorem, ad quem regrediatur. In eo etsi nonnullum intervallum sit temporis, tamen non est magnum damnum in mora modici temporis, ut scriptum est in L. *si debitori*, *D. de judic.* In his si quæritur, quem reum absentem accipere debeamus, quomodo idem abesse doceatur; quis sit non solvendo, et quomodo de eo recte constare possit; tum num quid sit hic dissimile a duobus reis, et quid sit: petendum ex iis, quæ ut in simili argumento scripsimus supra *cap.* 13. seu ad *auth. hoc ita*, *de duob. reis.*

Ad L.

Ad L. Novatione. 4.

Imp. Antoninus A. Rufæ.

Novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur: si modo in sequenti se non obligaverunt. PP. XV. Kal. Octob. Antonino A. IV. et Balbino Coss.

QUocunque modo principalis obligatio tollitur, liberantur et accessiones, ut fidejussores, et mandatores, ut initio hujus tituli diximus, L. *in omnibus, D. de sol.* Liberationis autem species est novatio. §. *præterea, Instit. quib. mod. toll. obl.* Proinde et novatione fidejussores liberari necesse est. Vide L. 1. *sup. etiam ob chiro. pec. pig. ten. poss.*

Ad L. Jure. 5.

Hic locus expositus est ad *auth. præsente, sup.*

Ad L. Si pater. 6.

Idem A. Pollæ.

Si pater tuus pro Cornelio, cum pecuniam mutuam acciperet, se non obligavit: frustra ex eo, quod tabulas obligationis ut testis signavit, conveniris. PP. II. Kalend. Jul. Messala et Sabino Coss.

SUMMARIUM.

1. *Subscribendo testamento neminem ideo videri in eandem caussam se obligasse: et cur.*

1 NEmo † instrumento de alieno negotio confecto subscribens, ideo a creditore conveniri potest debitoris nomine: quoniam creditori non ideo se obligat: idque sic recte colligitur. Si is, qui ita subscripsit, obligatur, necesse est, aut tanquam fidejussor obligetur, aut tanquam mandator, aut tanquam qui pecuniam constituit: quod intelligitur ex ea partitione, quam ab initio posuimus: exstat in L. *ult. sup. de const. pec.* Nihil fidejubet, qui nihil est stipulatus, *L. blanditus, infr. hic.* Non mandat, qui creditorem non rogavit, ut pecuniam crederet. Non constituit, nisi qui pacto et consensu constituit se pecuniam debitam soluturum. Ex subscriptione porro hic consensus non arguitur. Nihil enim prohibet, quo minus quis videat, quid geratur, et rebus gestis subscribat; et tamen non probet, quæ geruntur, aut quo minus probet quidem, sed tamen fidem suam nomine alieno non interponat. Ita cum subscriptio sine consensu esse possit: ex subscriptione, ut dixi, non recte consensus colligitur, quod et scriptum est in L. *neque natales, sup. de prob.* Sed pater est, qui subscripsit obligationi cum filio contractæ. Nihil hoc facit ad obligandum patrem: quandoquidem ut filius pro patre conveniri non potest; sic nec pater pro filio emancipato L. 1. L. 2. *supr. ne filius pro patre.*

Ad L.

Ad L. *Si creditor.* 7.

Idem A. Eroti.

Si creditor conditioni mandato adscriptæ, cum pecuniam mutuam daret in accipiendis hipothecis, non paruit, frustra te judicio mandati convenit, quando non aliter te obligasse intelligaris, quam si pignoribus contraheretur obligatio. PP. Kalend. Jul. Læto II. et Cereale Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pecunia non per omnia ita credita, ut mandatum est, mandatorum creditori non teneri.*

MAndatores non minus, quam fidejussores diximus initio hujus tituli a creditore conveniri posse, idque judicio mandati.
1 Hoc † ita est, nisi is, qui mandavit pecuniam credi, certa lege et conditione mandaverit, et ei legi creditor non paruerit. Diligenter enim fines mandati custodiendi sunt: atque his non servatis non intelligitur quisquam implesse mandatum, L. *diligenter, D. mand.* Hinc est, quod hic dicitur, cum quis mandavit creditori futuro, ut pecuniam Titio crederet pignoribus ab illo acceptis, si rogatus credidit, neque pignora accepit, actionem eum mandati adversus mandatorem non habere: scilicet quia, ut dixi, mandatum non implevit. Dices, non debere nocere creditori, quod pignora a debitore non acceperit, quoniam pignora illius caussa accipiuntur: licuit autem ei, quod pro se est, contemnere, L. *si judex*, *D. de min.* Sed non ejus tantum caussa pignora accipiuntur, verum et mandatoris. Interest enim mandatoris, cum pecuniam solvit creditori, cedi sibi actiones et pignora, quæ creditor habuit, ac nisi his cessis non cogitur solvere, L. 2. *sup.* Quare cum creditor in proposito non habeat pignora, quæ mandatori cedat: recte mandator actionem adversus se recusabit; præsertim cum creditoris culpa factum sit, quo minus pignora illi cederet.

Ad L. *Filiusfamilias.* 8.

Imp. Alexander A. Longo.

Filiusfamilias qui pro parte, quanvis in venditione fundi, fidejussit, tenetur. PP. II. Idus Octobris, Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIUM.

1. *Filiusfamilias quanvis pro patre vendente fidejubentem obligari, et quæ in eo dubitandi caussa.*

FIliusfamilias ex omnibus caussis obligatur non secus, ac quivis paterfamilias, L. *tam ex contractibus*, *D. de judic.* L. *filiusfamilias*, *D. de obl. et act.* Ergo et si fidejusserit, obligabitur: id, quod constat, si pro quovis extraneo fidejusserit, *L.* 3. *§. si filiusfamilias*, *§. sed si filius*, D. *de pecul.*
1 Quid, † si fidejusserit pro patre? placet eum nihilominus teneri, ut hic scriptum est: in quam sententiam et loci complures notantur ab Accursio. Sed cur in patre dubitamus potius? quia vetus est circa fidejussores dubitatio, an iis fidejussoribus succurrendum sit adversus creditorem, qui cum solverint, actionem nullam habeant adversus eos, pro quibus fidejusserunt: quod indicat *L. Marcellus*, *D. eod.* Ex hoc autem numero est filiusfamilias, qui pro patre fidejubet: quoniam inter patrem et filium, qui in ejus potestate est, nulla nascitur actio, *§. hi qui*, *Instit. de obl. quæ ex del. nasc.* Sed non placuit hanc idoneam esse caussam, cur fide-

dejussoribus succurratur: quæ sententia est *d. L. Marcellus*, D. *eod.* Eadem sententia et ad filiumfamilias pertinebit pro patre fideiubentem. Et merito ob hanc caussam fideiussori subveniri non potest. Nam si fideiussor salvum habere non potest, quod solvit creditori, ipsius damnum est. Non debet damnum suum ad alterius iniuriam referre, et creditorem decipere, argum. in L. 3. *in princ. D. de transact.* Sed cur additum est in hoc rescripto, *quamvis in venditione fundi filius fidejusserit*? Videri potest additum huius dubitationis removendæ caussa. Nam filius vivo patre quodammodo existimatur dominus bonorum patris, L. *in suis*, *D. de lib. et postu.* Quæ res facit, ut in venditione patris ipse filius quodammodo venditor esse intelligatur, eoque et debitor. Non potest autem idem et debitor esse principalis, et fideiussor. Quid ergo est? Negabimus scilicet filium dominum esse bonorum paternorum, quod et verum est: unde et dicitur existimari dominus, non esse, *d. L. in suis.* Existimatur autem quodammodo dominus propter spem futuræ successionis, quæ ita addicitur liberis, ut nec iudicio parentis sine meritis caussis ab ea summoveri possint. L. *ult. in pr.* D. *de bon. dam.*

Ad L. Etiam. 9.

Iidem A. Aristocrati.

Etiamsi de jure obligationis pignorum actum fuerit, fidejussoribus liberatio non contingit. PP. Kal. Decemb. Maximo II. et Æliano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Una persecutione juris sui electa, non ideo alteram repudiatam videri.*
2. *Ex pluribus actionibus diversarum rerum una remissa, hoc ipso alteram manere.*

Creditor, cui fideiussores dati erant et pignora eiusdem obligationis nomine, si omissis fideiussoribus egerit cum possessoribus pignorum, non ideo fideiussores liberantur. Hoc † ideo rescriptum hoc loco, quod potuerit in proposito dubitari, an creditor una via ad iuris sui persecutionem electa, videatur aliam repudiasse. Nam et alias accidit, ut una actione electa creditor ad aliam, quæ eiusdem rei nomine competat, redire non possit: ut in actione de peculio, et tributoria, L. *quod in herede*, §. *eligere*, D. *de tribut.* Sed hoc in his actionibus ideo receptum est, non solum quia sunt eiusdem rei nomine; sed etiam quia hac conditione propositæ sunt edicto a prætore, ut una duntaxat experiri liceat. Cæterum ubi id nominatim constitutum non est, nunquam una actione electa, non dico remissa ab altera recessum intelligitur. Solutione enim debitor, non electione actionis liberatur, L. 1. §. *sed si duo*, *D. depos.* huc pertinet *L. qui servum*, §. 1. D. *de obl. et act.* Atque hæc dicta sunt de pluribus actionibus eiusdem rei nomine competentibus.

Quod † si plura iura erunt, pluresve actiones diversarum rerum, citra exceptionem illud tenendum est, nunquam uno iure remisso, alterum repudiatum videri: quanto minus uno electo ad iuris nostri persecutionem? L. *si domus*, *D. de ser. urb. præd.* L. *si mihi*, *D. de ser. rust. præd.* Quinimo cum ex duobus unum remittitur, hoc ipso quod remittitur unum tantum, certum argumentum est, alterum non remitti: alioqui licebat utrumque remittere.

Ad L.

Ad L. Fidejussor. 10.

Idem A. Vitali.

Fidejussor seu mandator si in usuras quoque obligatus est, justam caussam recusandi eas solvere non habet. §. Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt: ante condemnationem ex ordine postulari solet. PP.

SUMMARIA.

1. *Fidejussorem in sortem acceptum, in usuras sortis quanvis ex mora rei accedentes non teneri.*
2. *Dividendæ actionis beneficium tribui fidejussori ex ordine postulanti: et hoc ex ordine, quid sit.*
3. *Divisionem actionis a fidejussoribus quandocunque recte postulari ante condemnationem, quanvis non contestata hujus rei exceptione.*
4. *Divisionem actionis inter fidejussores frustra obiici post condemnationem ab eo, qui in solidum sit condemnatus.*

Continet hoc rescriptum duo capita. Unum est de usuris sortis a fidejussore præstandis: alterum pertinet ad divisionem actionis inter fidejussores. De usuris hæc sententia est: fidejussorem usuras sortis recusare non posse, si in eas sit obligatus. Qua conditione admonemur, nisi sit fidejussor in eas obligatus, juste illum eas recusaturum, quantunvis reus pricipalis debuerit. Quorum utrumque certi juris est. Nam si actio in personam semper adversus eum est, qui nobis obligatus est, L. *actionum*, *D. de obl. et act.* fit, ut qui est obligatus, teneatur ea actione; et qui obligatus non est, eatenus non teneatur. Illud modo quæritur, quomodo et quando fidejussor in usuras a
1 reo sorti debitas obligetur. Dicendum † est, sic eum obligari, si nominatim in eas fidem suam obstrinxerit; non aliter: quantumvis ea sit obligatio principalis, in qua ex mora rei usuræ officio judicis accedunt, ut fit in bonæ fidei judiciis, puta in conductione, L. *quæro, in prin. D. loc.* qua in specie placet, fidejussorem conductionis, qui se in sortem tantum ex ea caussa debitam obligavit, in usuras a reo contractas non teneri, L. *fidejussores magistratuum*, 68. §. 1. *D. de fidejuss.* nec quia usuræ debeantur ex mora rei, eo magis in eas fidejussorem teneri debere; quia et illud placeat mora rei non augeri obligationem fidejussoris, L. *centum*, *D. de eo, quod cer. loc.* Non obstat, quod scriptum est in dicta *L. quæro de locat.* fidejussorem locationis nomine acceptum, in usuras etiam pensionum tardius illatarum teneri hoc ipso, quod in omnem caussam locationis se obigavit. Nam is se obligare in omnem caussam locationis intelligitur; qui promittit, et fide sua esse jubet, quidquid conductorem in caussa locationis ex bona fide dare, facere oportebit, ut ibidem explicatur. His autem verbis continentur usuræ pensionum; quia locatio bonæ fidei judicium est: quo in genere judiciorum usuræ ex mora debentur officio judicis, *d. L. quæro, loc.* L. *mora*, §. 1. *D. de usur.* De quo disserui fusius *ad L. centum, D. de eo, quod cer. loc.*

De divisione actionis inter fidejussores hoc loco appendix est, pertinens ad ea, quæ diximus de hac specie in L. 3. *sup.* Diximus inter alia, si omnes fidejussores idonei sunt tempore litis contestatæ, dividi actionem debere inter fidejussores, etsi jure civili singuli in solidum teneantur. Hic † comprehensum est, cui fidejussori hoc beneficium tribuatur, et quando id desiderare liceat. Verbis igitur hujus rescripti tribuitur postulanti fidejussori. Quæritur, quando postulari possit. Additum est, id ante condemnationem ex ordine postulari solere. Ex ordine fieri et postulari quid dicitur, cum plura sunt, quæ fieri debent, aut possunt jure; sed ita, ut quædam priora sint, quædam posteriora. Nam cum prioribus transactis venitur ad posteriora, tum posteriora ex ordine fieri, et postulari dicuntur. Id ita accidit in fidejussionibus, cum de hoc beneficio divisionis agitur. Nam fidejussori in solidum convento plures defensiones esse possunt. Prima illa, ut dicat, se non teneri: idque varie accidit; vel quia reus principalis liberatus sit aut ipso jure, aut per exceptionem: qua exceptione fidejussoribus uti licet; *L.* 7. D. *de exceptio.* vel quia ipse fidejussor etiam utatur ex sua per- 2

sona exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, vel rei judicatæ. Quod si his defensionibus fidejussor exclusum se sentiat, sive quod revera nullæ sint, sive quod eas probare non possit, ut jam non possit effugere, quin teneatur: tamen extremum illi subsidium relinquitur desiderandi, ut saltem pro parte conveniatur; pro reliquis partibus conveniantur reliqui fidejussores. Ad quod si pervenerit, recte dicatur id ex ordine postulare: ut sit, ex ordine seu servato ordine earum defensionum, quæ fideiussoribus competere solent. Itaque ex ordine hic valet idem, quod dicitur servato ordine, in *L. 1. sup. de exse. rei jud.* Hoc autem fideiussor postulare potest ante condemnationem. His verbis duo continentur: quæ qualia sint, videamus. Pri-
3 mum † hoc declarant, quandocunque ante condemnationem id postulare licere, etiamsi in initio litis huius beneficii exceptionem fideiussor non sit contestatus. Atqui scriptum est in L. *siquidem*, *et* L. *præscriptionem*, *sup. de exc.* exceptiones contestari initio oportere. Sed sciamus hoc dictum esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, et ob id probare debemus, ut intelligitur ex L. *in exceptionibus*, *D. de probat.* Et merito hæ contestandæ sunt. Nam cum quæstionem habeant facti, non intelliguntur in iudicium deduci, nisi facti contestatione. Diversa caussa est exceptionum iuris, seu earum, quæ cuiquam conditione ipsa personæ iure ipso tribuuntur: qualis est ea defensio, de qua nunc agitur; qua scilicet fideiussor hoc ipso, quod fideiussor est, iure postulat, ut actio inter fideiussores dividatur. Hoc genus contestari necesse non est; ante condemnationem quandoque allegari sufficit, his de caussis. Primum, quia dum creditor cum fideiussore tanquam cum fideiussore agit, satis auxilium divisionis sub appellatione et persona fideiussoris in iudicium deduci intelligitur: cum id fideiussori iure tribuatur hoc ipso, quod fieiussor est. Deinde, quia quæ sunt iuris, ea ad iudicium et cognitionem iudicis pertinent; et quidem etiamsi non sint a partibus nominatim petita. L. *unica*, *sup. ut quæ des. advo. par. jud. sup.* Multo igitur magis si petita erunt, ut hoc beneficium postulari debere dicimus. Al-
terum † ex contrario iisdem verbis effici-
4 tur, si fideiussor in solidum conventus, antequam condemnaretur, non postulaverit, ut actio inter se et reliquos fideiussores divideretur, et ita in solidum passus sit se condemnari: frustra eum postea, ut actio dividatur, postulaturum. Et recte: nam qui in solidum condemnatus, cœpit judicati actione insolidum teneri, hanc actionem semel creditori quæsitam, invito postea adimere non potest, partem dumtaxat offerendo. arg. in *L. ult.* D. *de pact.* *L. habere*, *in fin.* *D. de evict.* Nec metuemus, ne hic nobis adversetur ea, quæ Accursium in superiore sententia hæsitare coegerunt. Nam primum nihil adversus eam sententiam est in L. *fidejussores*, §. *ult.* D. *eod.* Illic scribitur mandatorem in solidum condemnatum recte postulare a creditore, ut sibi pro parte cedantur actiones adversus cæteros mandatores. Ac constat, quod de mandatore dicitur, ad fidejussores pertinere. Sunt enim omnes isti principalis obligationis intercessores. L. *ult. sup. de const. pec.* Sed multum interest, utrum fidejussor condemnatus postulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejussoribus; an postulet actionem adversus eos sibi cedi. Immo vero hæc sunt contraria. Nam qui divisionem postulat, is postulat, ne solidum solvat; qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum solvere, dum sibi adversus confidejussores consulatur. Nihil etiam contrarium habet illud Papiniani ex L. *inter eos*, §. *ult.* D. *eod.* bonis damnari fidejussoris fisco vindicatis, inter fidejussores postea actio si dividi cœperit: ut heredis, ita et fisci rationem haberi oportet. Apparet enim in hac definitione damnatum fidejussorem intelligendum esse, non eum, qui damnatus est fidejussionis nomine, sed qui damnatus sit capitis ita, ut propter eam damnationem bona ejus fisco vindicarentur. Nam de bonis fisco vindicatis perspicue definitio scripta est. Est autem hic sensus: si unus ex quatuor fidejussoribus capitali supplicio damnatus sit, et ob eam damnationem bona ejus publicata, et vindicata fisco: potest postea creditor adversus fidejussores jus suum exsequi, qui recte postulabunt, ut inter omnes, qui solvendo sunt, actio dividatur: in quo numero etiam fiscus, qui damnato succedit, habebitur. Ut scilicet si sint tres fidejussores privati, et fiscus, qui damnato successit: non tres tantum partes fiant in hac divisione actionis, sed fiant partes quatuor, ex quibus fiscus quartam agnoscere cogetur. Nam si unus ex his fideiussoribus decessisset, eius heres in quartam partem vocaretur. Proinde et fiscus vocabitur: nam et fiscus heredis loco est in iis bonis, quæ ex damnatione ad eum pervenerunt, ut diximus ad L. 1. *sup. hoc tit.* Hoc vero quam nihil huic loco adversetur, perspicuum est.

Ad L.

Ad L. Cum alter. 11.

Idem A. Salustio.

Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur: et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est. PP. VII. Kal. Novemb. Alexandro. A. III. et Dione Coss.

SUMMARIA.

1. *Unum ex fidejussoribus solidum sua sponte solventem non cessis sibi a creditore adversus confidejussores eo nomine actionibus actionem non habere nec mandati, nec negotiorum gestorum, eoque nullam habere, et* num. 3. in fin.
2. *Negotiorum gestorum actionem non competere adversus eos, ad quos negotii utilitas per consequentiam tantum pertinet.*
3. *Unum ex pluribus tutoribus solidum solventem adversus reliquos tutores pro ipsorum parte utilem actionem habere: et cur hoc diversum in fidejussoribus.*
4. *Fidejussori solidum solventi nullam ideo actionem esse adversus pignorum creditori obligatorum possessores.*
5. *Fidejussorem consequi posse a creditore, ut sibi cedantur actiones adversus debitorem, confidejussores, et pignorum possessores: sed cum solvit, non ante, aut postea: nisi ea lege solverit, ut sibi cederentur actiones.*
6. *Mandatorem etiam pecunia soluta sine alia conventione agere posse adversus creditorem, ut sibi cedat actiones adversus reum principalem, et alios ejus obligationis reos.*
7. *Soluta a fidejussore pecunia superesse nihilominus actionem creditori, quam is possit solventi adversus debitorem aut confidejussores cedere: non item si pecunia ab uno ex tutoribus soluta sit: ubi* L. cum is, qui, 36. D. de fid. L. Modestinus. D. de sol. *explicatur.*
8. *Nullam pecuniæ solutæ condictionem esse adversus creditorem, qui pecunia simpliciter soluta a fidejussore non cedat ei actiones adversus reum, aut confidejussores.*

Unus ex pluribus fidejussoribus omisso beneficio divisionis, quod fidejussoribus tribuitur ex epistola D. Hadriani, solidum solvit creditori. Quæritur ad cautionem fidejussoris, cum quibus agere possit eo nomine, et pecuniam, quam solvit, repetere? Et posse eum a debitore repetere constat, de quo dicetur in L. *mandati, in prin. inf.* An possit etiam experiri adversus confidejussores suos: præterea an possit pignora persequi, quæ creditori ejusdem obligationis nomine obligata erant, quæsitum est. De utroque in hoc rescripto respondetur. Ac † primum quod ad confidejussores attinet, hoc statuitur: unum ex fidejussoribus solidum sua sponte solventem, adversus reliquos confidejussores suos eo nomine actionem non habere. Recte: nam si quam adversus eos habeat, necesse est aut mandati esse, aut negotiorum gestorum actionem. Mandati non habet, cui confidejussores nihil mandarunt, ut fidejuberet. Negotiorum gestorum actionem habere videri potest, quod ea solutione fidejussor debitorem suum liberavit saltem per exceptionem. *L. Papinianus, D. mand.* ac proinde etiam per consequentiam debitoris fideiussores. *L. in omnibus speciebus, D. de sol. L. 7. D. de except.* Liberando, negotium confideiussorum utiliter gessisse intelligitur. Ex qua caussa est negotiorum gestorum actio. L. 2. *D. de neg. gest.* Sed † ita ius habet, ut quoties negotium, seu utilitas alicuius negotii ad duos pertinet: ad unum principaliter, ad alterum per consequentiam; si negotium gestum sit contemplatione eius, ad quem principaliter pertinebat, huius solius negotium videatur gestum: proinde adversus hunc solum sit actio; adversus eum, ad quem per consequentiam res pertinet, nulla sit. L. *si pupilli*, §. 1. *D. de neg. gest.* id autem accidit, cum unus ex fideiussoribus solidum solvit. Sane enim is duo genera personarum liberat, debitorem, et eius fideiussores: *Inst. qui mod. toll. obl. in princ.* sed debitorem principaliter, si eius nomine solvit; fideiussores tantum per consequentiam, de quibus non laborat, dummodo debitor, et ipse cum debitore sit liberatus: aut si solvit

solvit suo nomine, se ipsum liberavit principaliter; per consequentiam debitorem, ac per debitorem fideiussores. Proinde semper hic aut debitoris, aut solventis solum negotium gestum est; non confideiussorum. Nec ad rem pertinet, quod utilitas eius liberationis etiam redit ad fideiussores. Hoc enim per consequentiam contingit. Nunc autem id spectamus, quod fit principaliter; non quod per consequentiam. L. 1. D. *de auct. tut.*

3 Verum † hic objicitur exemplum tutorum: ex quibus si unus solverit, nihilominus adversus contutores utilem actionem pro eorum parte habet, ut est in L. 1. §. *nunc tractemus*, D. *de tut. et rat. dist.* Sed apparet ex eo loco, constitutum hoc jus esse proprie et singulariter in tutoribus. Ideo non est producendum ad consequentiam. L. *quod vero*, L. *in his*, D. *de legib.* Nec obscura ratio est, cur solventi tutori utilis actio detur adversus contutores potius, quam fidejussori adversus confidejussores. Datur utilis actio tutori adversus contutorem pupilli caussa. Sic enim citius tutor solvet solidum pupillo, cum sciet fore, ut hoc quod solvit, a contutoribus repetere possit. Sed et postquam solvit, minus molestus erit pupillo, si malit adversus tutores experiri. Favor igitur pupilli hanc actionem utilem introduxit. Nullus ejusmodi favor est in creditoribus aliis. Proinde non mirum, si idem non tribuitur eorum fidejussoribus. Sane fidejussor, qui solidum solvit, si a creditore cessæ sint ei actiones adversus confideiussores, nulla dubitatio est, quin adversus eos experiri possit cessis actionibus. L. *cum is*, 36. D. *eod.* Sed hoc nihil huic loco adversatur. Quod enim hic dicitur, fideiussori adversus confideiussorem nullam actionem competere, ita dictum est: ut intelligeremus, nullam esse ex eo tantum, quod fideiussor solidum solvit, sive nullam esse ex fideiussoris persona et facto, quod et verum est.

4 Hoc † de aliis fideiussoribus, adversus quos desideret experiri fideiussor is, qui solidum solvit. Sed an non saltem is actionem habebit adversus possessores pignorum, quæ creditori obligata erant? Multo minus, nisi ei actio hypothecaria a creditore cessa sit, ut hic significatur, et traditur diserte in L. *mandati*, *infr. hoc tit.* Merito: nam reliqui confideiussores saltem eodem nomine obligati erant; qui tamen non tenentur ei fideiussori, qui solvit. Pignorum autem possessores non fuerunt obligati.

5 Sed † cessis actionibus a creditore poterit fideiussor pignorum possessores convenire. Quid si creditor non cedat actiones? iure fideiussor ab eo desiderabit, ut cedat. L. 2. *supr.* Quando id desiderare potest? Hic scriptum est, desiderare eum posse, cum solvit. Consulto hoc additum: quia fideiussor desiderare id non potest ab invito, priusquam solvit: sed nec postea, nisi in solvendo convenerit nominatim, ut viderentur actiones. Nam fideiussor adversus creditorem neque mandati actionem habet, utpote cui non mandaverit, ut pecuniam crederet: neque negotiorum gestorum, quia ei solvendo negotium suum gerit, dum se liberat: non creditoris, qui suum recipit. Quomodo igitur fideiussor hanc cessionem consequitur, dum solvit? Non agendo, sed, ut dixi ad L. 2. *supr.* opposita agenti creditori exceptione doli mali. Plane si fideiussor solvit ea lege, ut sibi cederentur a creditore actiones, etiam post pecuniam solutam recte aget, ut sibi cedantur. Nam fideiussor ita solvendo fecit, ut vicissim creditor faceret. Ex quo genere conventionum constat nasci civilem actionem præscriptis verbis. L. *jurisgentium*, *in pr. D. pact.* L. *legem*, *supr. eod.* Cæterum nullo eiusmodi pacto interposito, frustra fideiussor pecunia soluta desiderabit a creditore, ut sibi cedantur actiones ab eo, quem ad eam rem nulla ex caussa obligatum habuit. Quod de pignore et hypothecaria actione cedenda dicimus, idem et de actione personali adversus debitorem, aut confideiussores cedenda dictum intelligendum est, de quo in *d.* L. 2. *sup.* Summa igitur est: desiderare posse fideiussorem, qui solidum solvit, ut sibi actiones cedantur adversus debitorem, aut confideiussores, et pignorum possessores: sed tunc cum solvit. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil convenerit, agere eum non posse. Sed † sciamus hoc in fideiussore recte dici. Alia caussa est mandatoris, quem et dum solvit, et postea quam solvit, placet agere posse adversus creditorem, ut sibi cedat actiones adversus principalem reum, et cæteros eiusdem obligationis reos. L. *Papinianus*, D. *mand.* Recte quia mandator mandati actionem habet adversus creditorem; fideiussor non habet, ut qui creditori non mandaverit, ut pecuniam cederet. 6

Atque † hæc de eo fideiussore dicta sunt, qui desiderat actionem sibi cedi ab invito creditore. Quod si de volente creditore quæritur, sententia Pauli est in L. *cum is*, 36. D. *eod.* etiam pecunia creditori ab uno ex fideiussoribus soluta, posse eum, si velit, desideranti fideiussori actiones suas cedere. 7

Sed

Sed eiusmodi sententia, quæ hanc dubitationem animadvertendam habuerit. Nam pecunia creditori a fideiussore soluta, ea solutione debitor liberari videtur. Debitore autem liberato, consequens est, etiam tolli actionem adversus omnes accessiones. L. *in omnibus*, D. *de sol.* Quæ si sublata est, quomodo eam cedere creditor potuit, quam non habet? Sed et hæc obiectio illic diluitur ad hanc sententiam. Si pecunia a fideiussore daretur creditori, ut solveretur et tolleretur obligatio, recte diceremus nullam actionem ei superesse. Nunc autem magis fideiussor pecuniam dare intelligitur emendi nominis et creditor pecuniam accipere eius vendendi caussa. Et certe verum est, quod Papinianus scribit in *d.* L. *Papinianus*, *D. mand.* non debere existimari debitorem liberatum esse solutione mandatoris; cum mandator ob suam obligationem solvat, et solvat suo nomine, non debitoris: Ac fideiussoris eadem caussa est, traditurque idem in L. *filiusfamilias*, *D. de in rem verso.* Hoc loco obiicitur L. *Modestinus*, *D. de sol.* ubi de uno ex pluribus tutoribus solvente Modestini responsum est, sic is nullo pacto interposito de cedendis sibi actionibus pecuniam solverit pupillo ex administratione tutelæ debitam, actiones ei postea a pupillo cedi non posse: nominatim addita hac ratione, *cum nulla actio superfuerit.* Sed hoc in uno ex pluribus tutoribus solvente recte placuit; in fideiussoribus locum non habet. Nam, ut recte Bartolus animadvertit ad dictam L. *Modestinus*, in tutoribus etsi plures debitores sint; una tamen obligatio est omnium: debent enim idem, et ex eadem caussa, idest, ex administratione. Itaque unus solvendo, cæteros liberat: non quia non solvat suo nomine tantum: sed quia pro se solvendo totam solvat obligationem: quippe quæ in omnium persona una sit, ut accidit in pluribus reis promittendi, *Instit. de duo. reis stip.* At cum plures fideiussores dati sunt, etiamsi quis concedat omnium fideiussorum unam obligationem esse; tamen nihilominus in hac caussa duæ sunt obligationes longe distinctæ: una debitoris, quæ est principalis; altera fidejussorum, quæ est accessoria. Hic unus ex fidejussoribus solidum solvendo, dum solvit suo nomine, debitorem ipso iure non liberat, sive, quod idem est, principalem obligationem non tollit. Dicitur quidem simpliciter debitorem liberare acceptilatione, in L. *et per.* 13. §. *si fidejussori*, *D. de acceptil.* quod multo magis de solutione eius dixeris. Sed liberat tantum per exceptionem, non ipso iure, ut declaratur in dicta L. *Papinianus*, *D. mand.* Quæ res facit, ut reliqui confideiussores etiam adhuc teneantur: ut qui nisi liberato debitore principali non liberentur. Atque hinc etiam fit, ut creditor, quanvis pecunia ab uno ex fideiussoribus accepta, salvas habeat veteres actiones cum adversus debitorem, tum adversus reliquos fideiussores, qui nihil solverunt. Et quia habet, etiam potest cedere ei fideiussori, qui solvit. Sed potest, ut dixi, cedere, si velit: si nolit, nulla est actio fideiussori ad eum cogendum, ubi fideiussor non solverit hac lege, ut sibi cederentur actiones.

Sed † esto, nulla sit actio, qua ea cessio petatur. Quid, pecunia a fideiussore soluta, an non recte creditori condici potest, nisi actiones cesserit? Et hoc quidem putant. Sed nulla hic condictio esse potest fideiussori ad eam rem. Non enim potest condicere pecuniam tanquam indebitam, cum ut debitam solverit, et ea solutione sit liberatus. L. *si non sortem*, §. *si decem*, D. *de cond. indeb.* Non tanquam ob caussam datam re non secuta. Nam cum simpliciter pecuniam solvit suo nomine, solvit ob hanc caussam, ut liberaretur. Atqui hæc caussa secuta est: quod cum fit, non potest locus esse condictioni ob caussam dari caussa non secuta. L. 1. D. *de cond. cau. dat.* Neque verum est, quod isti volunt, cum fideiussor solvit, videri solvere ideo, ut sibi cedantur actiones. Nam primum verba solventis id non significant. Deinde multis locis diserte scriptum est, eum, qui solvit creditori, non succedere in pignora prioris creditoris, nisi nominatim solverit ea lege, ut in pignora succederet, sive ut in se actiones hypothecariæ trasferentur. L. *solvitur.* §. *si convenerit*, D. *quib. mod. pig. vel hypoth. sol.* L. 1. *supra de his*, *qui in prior. cred. loc. succed.* Et ideo quod scriptum est in L. *cum is qui*, *in fin.* D. *eod.* cum unus ex fideiussoribus solidum solvit, ideo creditorem habere actiones, quia tenetur, ut eas præstet, sic accipiendum videtur ex præcedentibus: ut eas habeat, cum aperte nomen vendidit fideiussori, neque pecuniam ab eo in solutum accepit. Nam si accepit in solutum, fideiussor sibi omnem actionem præcidit. 8

Ad L.

Ad L. Blanditus. 12.

Idem A. Theodoto.

Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod cum pro alio intervenires, ὅτι ἂν θέλεις ποιήσω. dixisti: cum et his verbis obligationem verborum posse contrahi pridem receptum est. PP. VI. Kalend. Sept. Agricola et Clemente Coss.

SUMMARIA.

1. *Fdeiussorem nisi stipulatione non obligari.*

2. *Lectio recta hujus loci.*

FIdeiussor interrogatus, an fide sua esse iuberet, sive græce, sive latine, responderat. φημί, aio, vel potius τί μή, quid ni? Is persuasus erat his verbis se non teneri hac ratione: quia non obligaretur fideiussor, nisi stipulatione: hic autem non videatur stipulatio esse contracta, in qua his verbis, *quid ni*, ad interrogatum convenienter non esset responsum: idest, non iisdem verbis, quibus interrogatus erat, ut diceret, fidejubeo. Rescriptum est hoc loco, errare fidejussorem. Nam stipulationem his verbis utiliter contractam, idque pridem receptum
1 esse. Ergo † hoc dicit Antoninus, fidejussorem ideo obligari in proposito, quia stipulatio utiliter sit interposita. Ex quo recte colligitur vulgo, fidejussorem nisi stipulatione non obligari: quod confirmatur in L. 4. §.
2 *satis acceptio*, D. *de verb. oblig.* De † lectione hujus loci monendi breviter sumus, vulgarem lectionem esse hanc in verbis græcis ὅτι ἂν θέλεις, ποιήσω, *quodcunque vis faciam.* Hæc lectio recte notata est ab Alciato *lib.* 1. *Parerg. cap.* 3. Nam revera in his non fuit id, quod ab Imperatore scriptum est. Proponuntur enim verba, ex quibus hæsitatur, an stipulatio recte sit contracta, ut ex responso apparet. Nemo autem unquam dubitavit, quin recte responderet et convenienter, qui spopondit id, quod stipulator vult. Ille igitur pro his verbis reposuit λέγω, aut φημί ex sententia L. *Græce*, *in pr. D. eod. et* §. *pen. Instit. eod.* Sed multi testes sunt se in veteribus exemplaribus legisse hoc loco τί μή: quid ni? quod si verum est, nihil est hac lectione melius; neque huic loco convenientius. Scimus enim ex L. 1. §. *si quis ita. D. de verb. obl.* veterem fuisse dubitationem, an his verbis recte contraheretur obligatio, cum quis interrogatus, *dabis*? respondit, *quidni*? et placuit utilem videri. Id autem est, quod verbis hujus rescripti significatur, cum dicitur, his verbis obligationem verborum contrahi, pridem receptum esse.

Ad L. si Barsatoram. 13.

Pars ex epistola Gordiani A. ad Auxium.

Si Barsatoram latronem Lysanias decurio inventurum se spopondisset: aut exhibere compellendus est, aut transmittendus ad præfectum prætorio, vel ad præsidem Provinciæ.

SUMMARIA.

1. *Inventurum se latronem, qui alicui promisit, videri deprehensum exhibiturum promisisse.*
2. *Latronem non invenisse, non exhibuisse, aut non indicasse inventum, extra crimen, et impunitum esse.*

DEcurio alicujus urbis, cum latronem prehendere posset, missum fecit. Cum forte is, qui spoliatus erat, expostularet cum eo ob dimissum latronem: decurio, ut se liberaret omni crimine, spopondit stipulanti spoliato, se illum latronem inventurum. Quæsitum

situm est: quid his verbis contineatur, ut sciamus, quid decurionem præstare oporteat: ut nisi præstiterit, possit ex stipulatu conveniri in id, quod spoliati, ejusdemque stipulatoris interest. Hic duo respondentur: prius, de quo rescriptum clare scriptum est: posterius, de quo dubitari potest propter incertitudinem scripturæ.

1 Prius est, † decurionem compellendum esse exhibere hunc latronem, ut sit sensus: non esse satis, si reperiat, uni sit ille latro, et eum locum indicet; sed hoc amplius, decurionem debere latronem prehendere, prehensum exhibere spoliato, ut sit ejus conveniendi copia. Sed videndum, ne hoc non recte exigatur a decurione. Constat enim non debere eum ultra præstare, quam promisit. *L. quidquid*, *D. de verb. obl.* Non promisit autem se latronem prehensurum, sed inventurum; multoque minus promisit etiam se prehensum exhibiturum. Imo promisit hæc omnia, quæ et partim verbis, partim sententia contrahentium continentur. Verbis: quia invenire aliquid, aut aliquem, non est reperire locum, ubi sit: sed est rem animadversam prehendere, et occupare. Quod enim dicitur in §. *item lapilli*, *Instit*, *de rer. divis.* lapillos et gemmas in littore inventas fieri inventoris, hanc sententiam habet: fieri ejus, qui animadversas occuparit, sive earum apprehenderit possessionem; eam aliter non fieri nostras, scriptum est in *L.* 1. *in princ.* *D. de acq. poss.* Atque ut verbis non promisisset decurio se prehensum latronem exhibiturum; tamen id satis intelligitur ex eo, quod actum est, quæ est sententia contrahentium. Nam stipulator id agebat, ut sibi caveret, et acquireret, quod sua interest. Denique id agebat, ut latronis conveniendi esset potestas; quod declarant et ea, quæ præcesserunt stipulationem, et finis omnis stipulationis, qui est; ut quisque acquirat quod sua interest. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, D. *de verb. oblig.* Quia actum est, etiam pro cauto habendum; eoque etiam ex stipulatione præstandum est, *L.* 3. *D. si cert. pet.* *L. semper in*, *D. de regul. jur.*

Posterius adjectum est hoc rescripto: aut decurionem compellendum esse exhibere, aut transmittendum esse ad præfectum prætorio, vel ad præsidem provinciæ. Hæc verba si naturalem et rectam structuram orationis sequimur, sic interpretanda sunt: decurionem debere latronem prehensum exhibere: nisi exhibeat, transmittendum esse (intellige decurionem, de quo instituta est oratio) ad præfectum prætorio, ut puniatur videlicet ob latronem non inventum, non exhibitum. Sed hæc † sententia defendi non potest. Nam decurio, qui latronem non invenit, nihil deliquit: eoque nec ad præsidem transmitti debet, ut puniatur. Etenim si quæsitum a se diligenter reperire non potuit, nulla est ejus culpa, si non reperit. Nulla autem pœna esse debet, ubi nullum delictum est. L. *aliud est fraus*, *D. de verb. sig.* Quod si invenire potuit, et neglexit: tamen ne hic quidem delictum ullum contrahitur, quod coerceri oporteat. Fecit enim decurio iure permittente, cum ita jus sit, ut nemo invitus agere, vel accusare cogatur. *tit. sup. ut nem. invit. ag. vel ac. cog.* Quod si accusare nemo cogitur: multo minus cogitur nocentem quærere, et inventum prehendere. Restat ergo, ut verba rescripti sic interpretemur: aut exhibere compellendus est decurio, de quo institutus est sermo; aut transmittendus, nempe latro, ut sit hæc sententia: decurionem alterutrum præstare debere ex suprascripta stipulatione, aut ut inventum latronem exhibeat stipulatori, ut ille adversus latronem de iure suo statuat, uti existimaverit; aut si decurio exhibere nolit, saltem latronem transmittat ad magistratum, qui in illum inquirat: quo facto etiam obligationi satisfaciet. Erit enim stipulatori apud magistratum inveniendi, et conveniendi latronis copia. Fatendum quidem est hoc sensu perturbari orationem personis; sed non est nova hæc perturbatio, quæ plerumque etiam doctissimis excidit. Similem animadvertere licet in *d. L.* 1. §. *si quis ita*, *D. de ver. oblig.* si modo illic vera est Pandectar. Florentin. lectio. 2

Ad L.

Ad L. Mandati. 14.

Idem A. Salivo.

Mandati actio personalis est, quæ si nomine fidejussoris vel adversus debitorem seu heredes ejus competit: præses Provinciæ, quæ deberi compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata est, vobisque mandatæ sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus, adversus pignorum possessores, extraordinariam jurisdictionem idem vir clarissimus impertietur. PP. III. Nonas Julii, Gordiano, A. et Aviola Coss.

SUMMARIA.

1. *Fidejussor si debitum solvat, habet adversus debitorem et ejus heredes mandati actionem; pignora non potest persequi, nisi creditor ei cedat actiones.*
2. Jurisdictio extraordinaria *usurpatur, pro actione extraordinaria, idest utili, danda: et cur.*
3. *Fidejussori, qui pro debitore intercessit et solvit, quando et quæ actio competat.*

Fidejussor qui debitum solvit, et non accepit a creditore adversus debitorem actiones, non eo minus recuperandi eius caussa ex sua persona agere adversus debitorem potest, ejusque heredes, idque mandati actione: si modo hæc illi competit, ut hic initio traditur: de qua actione, et an ulla fidejussori competat, dicam paulo post. Nunc hoc ante statuatur, quod est proprium hujus rescripti, non cessis fidejussori a creditore
1 actionibus, sic illum habere † ex sua persona mandati actionem, aut similem, ut sit hæc omnis actio adversus debitorem tantum, ejusque heredes. Cæterum res debitoris creditori pignori obligatas hac actione persequi adversus pignorum possessores non potest: propterea quod mandati actio cum sit ex contractu, est in personam: ideo adversus eum tantum, qui est eo nomine obligatus, non adversus res obligati, aut earum rerum possessores. L. *actionum*, *D. de obl. et act.* §. 1. *Instit. de act.* Si igitur fidejussor hæc pignora persequi vult, nihil aliud ei relinquitur, quam quod hic comprehensum est, ut consequatur a creditore, ut sibi recte cedantur pignora, eorumque actiones: quod quando recte desideretur, ut cogatur creditor facere, traditur in L. *cum alter*, *sup. hoc tit.* Cessis actionibus, tum est jus persequendi adversus pignorum possessores. dict. L. *cum alter*. Sed adjicitur in hoc rescripto, cessis pignoribus posse fidejussorem sic agere adversus pignorum possessores, ut præses *extraordinariam jurisdictionem* ei præbeat. His verbis ea sententia continetur, quæ de nomine, aut pignore tradito multis locis expressa est: quoties nomen aut venditum solutum traditum est, aut legatum, toties eum, in quem nomen translatum est, posse aut ex persona cedentis uti directis actionibus, aut ex persona sua experiri utilibus L. *postquam*, *sup. de her. vel act. vend.* L. *ex legato*, *sup. de lega.* Id † significat jurisdictio extraordinaria hoc loco. Dicitur enim jurisdictio extraordinaria μετωνυμικῶς eadem figura, qua pallidam mortem vocamus, quæ pallidos facit rem tristem, quæ nos tristes reddit, ut sit ea jurisdictio, quæ dat actionem extraordinariam ad pignora persequenda. Est autem extraordinaria actio, quæ est utilis, quod ex conjunctione duorum locorum intelligitur. L. *si longius*, §. *ult. D. de jud.* et L. *cum filiusfam. D. si cert. pet.* Illud expendendum, quod de actione personali mandati initio rescripti dicitur, dari hanc quidem fidejussori adversus debitorem et ejus heredes, sed hac conditione, si modo hæc actio illi competat. Quid ergo, hanc actionem ille non semper habet? quod si non semper, quando igitur? Et revera non semper habet. Quando † autem et hanc habeat eo nomine, aut aliam, aut nullam, de eo ita jus est. Si fidejussor aut repugnante debitore fidejussit, aut donandi animo, nullam omnino actionem habet, *L. si remunerandi*, §. *si passus*, *L. si pro te*, *D. mand.* Priore quidem casu, quia debitor invitus obligari non potuit; posteriore autem, quia fidejussor debitorem sibi obligare noluit. Quod si pro non repugnante quis fidejussit, neque id actum est, ut donaret: ha-

habet ille quidem actionem in personam; sed alias mandati, alias negotiorum gestorum. Si pro absente fidejussit, non potest esse mandati actio, quæ non nascitur, nisi ex contractu, proinde et consensu, *Inst. de obl. ex consen.* Nullus est autem consensus absentium et ignorantium. Itaque hic negotiorum gestorum actio est, non mandati, L. *ex mandato*, §. *ult. D. mand.* Quod si pro præsente quis fidejussit, nec repugnante debitore, nec donandi animo: hic demum mandati actio est, non negotiorum gestorum. Nec interest, utrum præsens nominatim mandet suo nomine fidejuberi, an taceat. Illic quidem mandati actionem esse constat quia aperte præcessit mandatum. L *ex mandato*, §. 1. *L. si præcedente*, *D. mand.* Sed nihilominus et hic eadem actio est, quia qui patitur pro se fidejuberi, aut mandari ab alio, ut sibi credatur, mandare intelligitur. *L. qui patitur*, *D. mand.*

Ad L. *Si indebitam.* 15.

Idem A. Claudiano.

Si indebitam pecuniam quasi ex caussa fidejussionis obstrictus in cautionem per errorem deduxisti, tam doli mali exceptione uti, quam condicere, ut obligatio tibi accepto feratur, potes. Non est autem dubium, fidejussorem rei promittendi, bonis ad fiscum devolutis, si idem fiscus ob debitum restituedum fuerit conventus, et solverit, liberari. PP. V. Kal. Dec. Gordiano Aug. et Aviola Coss.

SUMMARIUM.

1. *Species hujus rescripti duplex exponitur.*

1 PRoponitur hoc loco quis pro debitore se obligasse creditori per errorem, dum falso putat fidejussionis alienæ nomine se obstrictum esse. Finge heredem esse defuncti ejus, qui dicebatur pro debitore fidejussisse: ac verbis creditoris persuasum, iterum ex persona sua se obligasse nomine ejusdem debitoris, ut evitaret creditoris persecutionem, et rerum suarum distractionem. Hoc amplius proponitur, debitorem, pro quo ita fidejusserat, damnatum fuisse, et bona ejus vindicata fisco: hac de caussa fiscum tanquam successorem conventum esse, et solvisse. Cum rebus ita gestis hic fidejussor conveniretur a creditore, cui se obligaverat, negabat se teneri ex sua fidejussione: an teneatur, quæsitum est. Rescriptum est, eum duplici de caussa securum esse. Primum, quod is promiserit indebitum per errorem. Deinde, quod debitor principalis pecuniam solverit. Si quis promittit indebitum per errorem, is ultro agere potest condictione indebiti, ut hic dicitur; et multo magis, ut cautio exposita seu chirographum suum sibi reddatur. Proinde etsi ex ea promissione conveniri cœperit, multo magis adversus petitionem habebit exceptionem doli mali. Cui enim damus actionem, ei multo magis exceptionem competere dicendum est. Hoc ita explicatur in hac ipsa specie in L. 3. *sup. de cond. ind.* ex regula juris, *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.* Sed etsi fidejussor per errorem non promisisset; tamen ubi debitor principalis solvit, et solutione eo modo liberatus est, extra omnem controversiam est una, et fidejussores liberari. *L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* Id autem contingit, cum fiscus publicatis debitoris bonis ipse solvit creditori: sic enim fiscus successisse damnato cum suo onere intelligitur, ut diximus *ad L. 1. supr.*

Ad L. Liberum. 16.

SIC hujus legis sententia conjuncta est cum L. *reos*, *inf.* ut nisi illa exposita, hujus sententia intelligi facile non possit. Itaque de utriusque sententia eo loco dicetur.

Ad L. Omissis. 17.

Idem A. Brasidæ.

Omissis quoque pignoribus fidejussorem a creditoribus utiliter conveniri, nisi in id tantum, quod ex his refici non poterit, acceptus sit: explorati juris est, PP. VI. Idus Mart. Attico et Prætextato Coss.

SUMMARIUM.

1. *Fidejussorem acceptum* in id, *quod* ex pignoribus refici non poterit, *non nisi post pignorum possessores etiam jure conveniri posse.*

UBI creditori debitor pignora dedit, et fidejussorem, non tantum omissis pignorum possessoribus fidejussor conveniri potest, ut hic dicitur; sed etiam hodie ex constitutione Justiniani prius conveniri debet. *Nov. 4. de fidejus.* §. *sed neque ad res.* Sed
1 † hoc ita, nisi fidejussor acceptus sit in id, quod ex pignoribus refici non poterit, ut hic scriptum est: quæ conventio etiam nunc post superiorem constitutionem Justiniani servanda est. Non obstat, quod ea constitutione sine exceptione cavetur, ut prius conveniantur fidejussores, quam pignorum possessores. Nam fidejussor ea conventione acceptus, quam diximus, fidejussor non est ante, quam pignora distracta sint: ut dicendum sit, si pignora prius conveniuntur, non conveniri ante fidejussorem, qui nullus est. Nam ex supra scripta convetione fidejussor promittit sub conditione, si pignora distracta sint, et distracta non sufficiant ad debitam quantitatem. Quare priusquam id factum sit, non promittit, eoque et fidejussor non est. Qui debet sub conditione, antequam conditio exstiterit, nihil debet. *L. cedere* D. *de ver. sign.*

Ad L. Si ut proponis. 18.

Imp. Philippus Augustus Smyrnæ.

Si (ut proponis) fundum ob debitum obligatum non justo pretio vendidisti: residuam quantitatem, quam ex pretio ejusdem servare potuisses, refundi tibi a fidejussore non jure poscis. PP. V. Kalend. Augusti, Peregrino et Æmiliano. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Fdejussor non tenetur creditori de residuo debiti quod creditor ex distractione pignoris consequi potuit.*

CReditor pignus sibi datum, quod valebat centum, vendidit † tantum o-
1 ctoginta, cum posset centum vendere. Viginti, quæ superant, a fidejussore petit. Negat Imperator eum recte petere. Hoc ideo, quia ea viginti nec debitor principalis debuit. Nam et debitor de illis viginti ultro actionem habuit adversus creditorem. *L.* 1. *in princ. supr. si vend. pign. ag.* Idque ex lege et obligatione pignoris. Nam creditor in pignore omnem diligentiam, et fidem præstare debet, et ea omnia facere, quæ in re sua faceret bonus paterfamilias, L. *si cum venderet*, §. *ult. et L. seq.* D. *de pig. act.* Quod cum in hac venditione contra fecerit creditor: ad summam eorum viginti, de quibus agitur, necesse est eum eo nomine debitori teneri. Quod si tenetur et eadem summa adhuc debetur, jure fit compensatio utriusque debiti, et crediti, quomodo debitor ipso jure liberatur. *L. 4. supr. de compens.* Liberato reo, recte dicitur fidejussorem eatenus non teneri. *d. L. in omnibus speciebus*, D. *de solut.*

Ad L.

Ad L. Si alienam. 19.

EAdem sententia est, quæ traditur in *L.* 3. *in princ. et L.* 5. *sup. hoc tit.* de potestate nimirum prius fidejussoris et omnis intercessoris, quam rei principalis conveniendi. Jus immutatum *in* auth. *præsente sup. hoc tit.*

Ad L. Sententia. 20.

EAdem sententia, quæ L. 1. *supr.* nisi quod de parte bonorum adempta illic species proponitur, hic de omnibus ademptis bonis. Sed utrobique jus idem proportione *L. quæ de tota, D. de re vind.*

Ad L. Sicut. eligenti. 21.

PRior pars rescripti de potestate prius conveniendi fidejussores exposita est ad L. 3. *supr.* Altera de necessitate cedendorum pignorum, quæ imponitur creditori, cum pecuniam petit a fidejussore, eadem est, quæ est exposita *ad L.* 2. *et ad L. cum alter*, *et ad* L. *mandati*, *sup. hoc tit.*

Ad L. Si ultra. 22.

Idem Augusti et Cæsares Hermiano.

Si ultra hoc, quod accepit ea, pro qua te mandatario nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti: præses provinciæ ex hoc, quod ultra mandatum tuum numeratum est, a te nihil exigi patietur. S. XII. Kal. Maii. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Lectio emendata.*
2. *Ultra, quam datum est, nihil deberi posse, quanvis promissum pacto, neque a debitore ipso, et multo minus a mandatore, aut fidejussore, et quare.*

PRoponuntur hic tres personæ mandator, creditor, et debitrix, quæ a creditore alterius mandato pecuniam creditam accepit. Res ita gesta est. Mandator mandat creditori futuro, ut decem mutuo det debitrici cuidam futuræ, et in instrumento, quod de eo mandato intercessit, mandator promisit, si creditor ea decem mutuo dedisset debitrici, se duodecim creditori daturum. Creditor decem debitrici dedit: duodecim a mandatore ex pacto petit. Quæritur, an a mandatore duodecim debeantur? Rescriptum est ab illo nihil deberi præter decem, quæ debitrici ex mandato ejus numerata sunt: idque hac ratione maxime, quod ultra mandatum mandatoris debitrici numeratum non est.
1 Vulgo † in omnibus exemplaribus legitur, *quod ultra mandatum tuum numeratum est.* Sed refragantur verba rescripti, quæ sunt in principio, quibus proponitur debitrix non accepisse ultra mandatum mandatoris, idest, ultra decem. Ex quo vel cæco apparet, ultra mandatum mandatoris illi numeratum nihil esse. Nam ipsam accipere aliquid, et ei aliquid numerari, idem valent. Accipit enim, quod sibi numeratur; et numeratur ei, quod ipsa accepit. Non debemus igitur dubitare, quin ita legi debeat; *vel ex hoc, quod ultra mandatum tuum numeratum non est, nihil a te præses provinciæ exigi patietur.* Inest autem in his verbis ratio hujusmodi. Si creditor in proposito ultra mandatum tuum numeraliter: tamen ultra mandatum tuum exigere nihil posset. L. *diligenter*. D. *mand.* Nunc autem ultra mandatum tuum numeratum non est debitrici. Quare vel hac ratione maxime nihil a te potest amplius exigi, quam debitrici datum est.

3 Quæ † ratio sic recte defenditur. Aut enim creditor superfluum petet mandati actione, aut aget ex pacto. Mandati agere non potest: quia mandator neque mandavit creditori, ut præter decem aliquid crederet: neque si mandasset; tamen ultra decem quidquam numeratum est. Non potest agere ex pacto: etsi enim ex pacto agi possit, ubi non est nuda conventio, ut non est nuda hæc, quæ proponitur, cum creditor decem mutua dedit debitrici, ut duodecim a mandatore acciperet; *L. legem*, *supr. de pact.* *L. solent*, *D. de verb. obl.* tamen sic ex omni pacto agi potest, nisi sit pactum contra leges, aut bonos mores. L. *jurisgentium*; §. *ait*, *D. de pact.* L. *pacta quæ contra*, *supra de pact.* At tale est hoc pactum, quo id agitur, ut mandator amplius præstet creditori, quam creditor numeraverit. Nam aut creditor id superfluum esse vult tanquam sortem, aut tanquam usuras pecuniæ creditæ. Si tanquam sortem: ideo injustum pactum, quia est contra legem et rationem naturæ, ut sit quicquam in sorte, quod numeratum non est. Et hoc est, quod dicitur in *L. si tibi decem*, *D. de pact.* ultra quam datum est, obligationem re contrahi non posse. Si tanquam usuras: primum recte negabitur hic ullum pactum esse, ut id superfluum pro usuris cederet. Deinde ut id convenerit: tamen etiam hoc pactum jure inutile est: quoniam usuræ stipulatione tantum, non etiam pacto deberi possunt. L. 3. *supr. de usur.* Postremo nisi usuræ pacto a reo principali deberi possent; tamen a mandatore in proposito deberi non possunt, ubi constat debitricem principalem eas non debere. Nam neque fidejussor, neque mandator, neque eorum quisquam, qui alieno nomine intercedunt, in duriorem caussam obligari possunt. L. *Græce*; §. *illud*, *D. eod.* Bene igitur rescriptum hanc rationem reddidit, aut ultra id, quod numeratum est, nihil a mandatore exigi possit: quia quod ultra petitur, numeratum non est: idque secundum mandatum mandatoris, qui decem tantum mandavit credi.

Ad L. Reos. 23.

Iidem AA. et CC. Antipatro.

Reos principales, vel mandatores simpliciter acceptos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti (cum nullus de his electione liberetur) licet. S. Non. Decemb. Nicomediæ, CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Uno ex pluribus reis debendi, aut fidejussoribus convento, nihil magis liberari cæteros quin ut ante conveniri possint; et cur.*
2. L. 2. D. de duobus reis, *exposita.*
3. *Sententiam Labeonis relatam in* L. si per imprudentiam, §. ult. D. de evict. *non probari.*
4. *Unum ex pluribus fidejussoribus, aut pluribus debendi reis pro parte conventum non ideo in reliquam partem liberari: ac ne tunc quidem, cum partem, pro qua conventus erat, solvit.*
5. *Unum ex duobus reis debendi parte simpliciter soluta nihilominus in reliquam partem statim conveniri posse, etsi cæteri solvendo sint; in fidejussoribus contra.*
6. *Unum ex pluribus reis debendi partem pro sua persona, vel suo nomine solventem in reliquam partem liberari; fidejussorem contra; et differentiæ ratio.*
7. *Inter plures fidejussores divisa per litis contestationem actione, non posse deinceps pro uno, etiam qui solvendo non sit, cæteros conveniri; et divisa actio inter eos quando intelligatur.* L. liberum, supra hoc tit. *explicatur ibidem.*
8. *Divisa actione inter fidejussores, non jam amplius teneri singulos, quam pro parte; etiamsi qui fidejussores tempore ipso litis contestatæ solvendo non fuerint.*
9. *Id effici non creditoris conventione, sed sententia epistolæ D. Hadriani.*

CUm plures fidejussores dati sunt, constat ita in solidum jure teneri omnes, ut et singuli in solidum conveniri possint a creditore, si cæteri minus sint idonei. L. 3. *in fin. L. liberum, in pr. sup. hoc tit.* Sed et pro parte unumquemque conveniri posse multo minus dubitatur. Utraque res dubitationes has peperit. Quid, si creditor unum ex plu-

pluribus convenerit in solidum, dum cæteros non putat idoneos? an ea res nocet creditori adversus cæteros: idest, an cæteri ea conventione liberantur; an vero eo, qui conventus est, non satisfaciente, etiam cæteri in solidum conveniri possunt? Quid item, si creditor pro parte cum uno egerit? an etiam hæc conventio proderit convento, ut in reliquam partem non possit amplius conveniri, si forte alter ex fidejussoribus solvendo non sit? De his jus constitutum est partim hac lege, *et L. ult. infr.* partim *L. liberum, supr. hoc tit.* De singulis dicam ordine.

1 Sit † igitur prima hæc quæstio, uno ex pluribus fidejussoribus, aut etiam debendi reis convento, an cæteri liberentur. Dicemus non liberari, nec prohiberi creditorem, si is, cum quo primo egerat, non satisfaciat, quominus possit cum cæteris in solidum agere, si sunt plures debendi rei; aut si sunt plures fidejussores, et is qui primo conventus est, non sit solvendo. Sed etsi solvendo erit, ne sic quidem prohiberi creditorem, quominus conveniat pro parte nondum soluta cæteros, ut jus ei facere concedit. §. *si plures, Inst. eod.* Hæc sententia est hujus L. *reos, et L. ult. h. tit.* Habet autem hanc rationem juris certi, quod cum semel deberi quid cœperit, solutione quisque ejus rei, non conventione, aut litis contestatione liberatur. L. 4. *D. de his, qui dejec. vel effu.* L. 1. §. *si apud duos*, D. *dep. L. semper.* §. *si in sepulchro, in fin. D. quod vi, aut clam.* Ratio autem sumpta est ex constitutione notissima juris. Nam quandiu res debita eodem statu manet, et manent personæ debitoris et creditoris, nunquam debitor liberatur, nisi aut solvendo, aut creditori satisfaciendo. L. *si rem*, §. *omnis*, *D. de pign. act.* L. *item*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* At cum unus ex pluribus fidejussoribus aut reis convenitur, non ideo solvunt cæteri, aut satisfaciunt creditori. Proinde hac conventione non magis liberantur, quam si creditor cum uno non egisset. Huic parti duo loci opponuntur.

2 Primum † L. 2. *D. de duob. reis*, ubi definitione de duobus reis promittendi et stipulandi simul concepta, ut diceretur, ipso jure et singulis in solidum deberi, et singulos debere: subjicitur, quod videatur necesse esse in commune ad utrosque reos, de quibus propositum erat, pertinere: *ideoque petione, acceptilationeque unius tota solvitur obligatio.* Quæ verba si, ut dixi, ad utrosque pertinent, nempe illa, *petitione unius*, sic erunt accipienda, ut sit sensus: sive unus ex reis stipulandi petat, sive ab uno ex reis promittendi petatur. Hoc autem posterius contrarium huic loco. Sed sciamus petitionem unius, quæ in superiore definitione nominatur, non posse referri, nisi ad petitionem unius ex reis stipulandi. Petitio creditoris est, nullo modo debitoris. Ejus enim petitio esse dicitur, qui petit, atque is est creditor. A quo autem petitur, qui idem debitor est, non dicitur ejus petitio esse, sed ab eo esse petitio: quia scilicet alius ab eo petit. *L. viæ, D. de servit.* Sic ergo dicitur unius ex duobus reis petitione totam solvi obligationem: ut intelligatur, uno ex duobus reis stipulandi petente debitorem huic uni incipere debere, simul ab altero liberari, quod et verum est, L. *ex duobus.* 16. D. *de duob. reis*: quasi scilicet unus agendo, atque ita judicio contrahendo, novam in se obligationem transtulerit judicati. L. 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Quod certe non contra idem valet, cum ab uno ex duobus reis promittendi petitur. Neque enim litis contestatio deteriorem agentis conditionem facit, sed meliorem. L. *non solet*, L. *nemo enim*, *D. de reg. jur.* Faceret autem hic deteriorem, si uno convento desineret alter teneri actori, cui prius tenebatur. Et vero uno ex duobus reis debendi convento alterum non liberari, diserte scriptum est in *d.* L. 1. §. *si apud*, *D. dep.* Sed de hac re scripsi plura supra, Tit. *de duobus reis stip. et prom. c.* VIII. Obstat præterea huic parti L. *si per imprudentiam* §. *ult. D. de evict.* ubi hæc verba sunt: *Si plures mihi in solidum pro evictione teneantur* (qui plures sunt ex hac caussa debendi rei) *deinde post evictionem cum uno fuero expertus, si agam cum cæteris, exceptione me esse repellendum, Labeo ait.* Dicendum † est referri illic Labeo- 3
nis sententiam, sed non probari: idque intelligi ex L. 3. *et L. seq.* D. *de his, qui deie. vel. eff.* Nam cum in *L.* 3. ex Ulpiano scriptum esset, unum ex duobus reis debendi conveniri in solidum posse, et eo convento cæteros liberari: subjecta eat correctio ex Paulo his verbis: *perceptione, non litis contestatione.* Idem ergo et sententiæ Labeonis superiori subjiciendum est. Idque eo magis facere debemus, quod Justinianus nova constitutione hoc temperamentum confirmavit in *L. ult. inf. h. tit.*

Altera † quæstio est, si creditor cum uno 4
ex fidejussoribus, aut pluribus debendi reis pro parte tantum egerit, an ea res prosit convento, ut in reliquam partem liberetur; an etiam pro reliqua parte conveniri possit, ut

ut ante petitionem. Et generaliter proban-
dum est, quemadmodum uno convento ex
conventio non prodest cæteris ad liberatio-
nem: sic nec prodesse ipsi convento, ut in
eam partem, quæ ab eo petita non est, li-
beretur: idque efficitur eadem illa ratione,
qua supra usi sumus. Nam is, qui conveni-
tur pro parte, solidum debuit. *L.* 3. *sup.*
hoc tit. Non potuit igitur liberari ea obliga-
tione, nisi aut creditori solvendo, aut satis-
faciendo. Qui pro parte tantum conventus
est, is non ideo reliquam partem solvit, aut
eo nomine satisfecit creditori. Non est igitur
in eam partem liberatus, non magis, quam
ante. Hæc sententia de uno ex duobus reis
pro parte convento posita est in L. *si ex*
toto, §. 1. *D. de legat.* 1. De uno autem
ex pluribus fidejussoribus convento colligitur
ex L. *inter eos*, §. 1. D. *eod.* Id adeo ve-
rum est, ut quanvis creditor ab uno partem
petierit, et partem etiam sit consecutus, ni-
hilominus ab eodem possit reliquam petere
eadem conditione, ut ante potuit, ut supe-
rioribus duobus locis diserte comprehensum
est. Sed in hac parte aliquid inter plures
debendi reos, et plures fideiussores interest.
Nam cum unus ex pluribus reis partem sol-
vit, interdum gravius tenetur, quam unus
ex fidejussoribus, qui itidem partem solvit;
5 interdum tenetur levius. Gravius † in eo,
quod cum is partem creditori simpliciter sol-
vit, nihilominus creditor alteram partem ab
eo statim potest petere: neque distinguitur,
utrum alter ex conreis solvendo sit, an non
sit, quoniam singuli in solidum tenentur:
neque dividitur actio inter eos, nisi si id
actum est, *d.* L. *si ex toto*, §. 1. D. *de*
legat. 1. At si fidejussor, qui partem solvit
simpliciter: ita demum in reliquam partem
conveniri potest, si cæteri fidejussores sol-
vendo non sunt. Nam cum alter solvendo
est, dividitur actio inter eos, qui solvendo
sunt ex epistola D. Hadriani, hoc in *d.* L.
6 *inter eos*, §. 1. D. *eod.* E † converso est,
ubi unus ex pluribus debendi reis teneatur
levius. Nam si partem creditori solvit non
simpliciter, sed nominatim pro sua persona,
vel suo nomine, et creditor ita solutionem
admisit: deinceps ex alterius rei persona in
reliquam partem conveniri non potest idque
est, quod comprehensum est in L. *si credito-*
res, *sup. de pact.* Fidejussor contra quantumvis
suo nomine se dicat partem solvere, et credi-
tor ita accipiat: nihilominus in reliquam par-
tem conveniri potest, si alter ex fidejussoribus
solvendo non sit, ut est in *d.* L. *inter eos*, §. 1.
D. eod. De duobus autem reis debendi, non
de duobus fidejussoribus agi in L. *si credi-*
tores, *sup. de pact.* intelligitur ex verbo *ad-*
misisse, quo rescriptum utitur. Proponuntur
creditores admisisse unum pro sua persona
solventem. Non additur, unum ex reis, aut
fidejussoribus; sed nihilominus reos intelligi-
mus, non fidejussores: quia eum solum sol-
ventem admittere dicimur, quem volentes
admittimus, et a quo partem oblatam si vel-
lemus, accipere non cogebamur: quod tunc
solum fit, cum sunt plures debendi rei. Nam
ab uno ex fidejussoribus partem accipere cre-
ditor cogitur, si omnes sint solvendo. §. *si*
plures, *Inst. eod.* Quæritur differentiæ ratio.
Est in promptu: nam cum unus ex pluribus
debendi reis dicit se pro sua persona solve-
re; hoc dicit: se nolle amplius personam
suam teneri soluta parte. Quem ita solven-
tem cum creditor admittit, nempe consen-
tit, ut is amplius non teneatur. Hic consen-
sus pactum habet de reliqua parte non pe-
tenda. Hoc pacto debitor, qui partem solvit,
liberatur. Cum autem fidejussor partem sol-
vit pro sua persona, tametsi idem dicere in-
telligitur, quod supra; nimirum velle se
suam personam obligatione eximi; tamen cre-
ditor ut eam partem tantum ab eo accipiat,
non consentit: quippe quam ideo accepit,
quia accipere cogebatur; non quia vellet quid-
quam remissum. Nam quod quis facere ne-
cesse habet, non intelligitur in eo voluisse
esse liberalis. L. *rem legatam*, D. *de adim.*
leg. In quam sententiam totam disserui plu-
ribus, ut in loco, ad *d.* L. *si creditores.*

Interim † hoc hactenus reorum et fidejus- 7
sorum plurium manet commune, ut si cre-
ditor ab uno partem petierit tantum, non
prosit ea res convento, quo minus idem ipse
in reliquam partem conveniri possit, uti an-
te petitionem partis poterat. Veruntamen hoc
si accipiendum erit: si creditor cum uno
tantum ex fidejussoribus egerit pro parte.
Diversum est, si cum omnibus fidejussori-
bus simul egerit, cum singulis autem pro
parte, atque ita inter fidejussores actionem
suam diviserit. Hoc enim cum fecit, am-
plius post litis contestationem unum ultra
partem quam ab eo semel petiit, conveni-
re non potest, etiamsi reliqui solvendo non
sint: hæc sententia est L. *liberum*, *sup. hoc*
tit. Illic enim ita scriptum est: *post litis con-*
testationem divisam actionem instaurari ju-
ris ratio non patitur. Dividitur actio credito-
ris, cum adversus omnes fidejussores pro
parte agitur, et ita actio tota in judicium
deducitur divisim, ut colligere licet ex L.
inter eos, §. 1. *et* §. *pen.* L. *amissi*, §. 1.
D.

D. *eod.* *et* L. *fidejussor*, *supr.* Instaurari actio dicitur, cum ab eo, qui pro parte conventus erat, solidum petitur ex persona eorum, qui solvendo non sunt. Hoc fieri jus vetat, ut est in dicta L. *liberum.* Proinde hoc vetare intelligitur, ne quisquam eorum, qui pro parte initio conventi sunt, ultra eam partem postea conveniatur. Hæc sententia dubitationem non habet, cum fidejussores, inter quos actio divisa est, tempore litis contestatæ fuerunt solvendo. Nam ex epistola D. Hadriani inter eos, qui tempore litis contestatæ solvendo sunt, actio et obligatio dividitur. *L.* 3. *in fin. supr. hoc tit.* dicto §. *si plures*, *Instit. eodem.* Beneficium juris hoc modo fidejussoribus singulis quæsitum, nullo eventu his auferri potest. Idcirco si inter fidejussores, qui solvendo erant, divisa actione quidam postea solvendo esse desinant: ea res ad onus eorum, qui solvendo sunt, non pertinet, ut est Papiniani responsum in dicta *L. inter eos*, §. *pen. D. eod.* Sed res non caret dubitatione justa, si creditor diviserit actionem inter eos fidejussores, qui tempore litis contestatæ solvendo non fuerunt. Nam inter eos ex epistola D. Hadriani actio non dividitur, ut videtur: cum jubeatur inter eos tantum dividi, qui solvendo sunt. Rursum creditor partem petendo a singulis, non ideo pacisci intelligitur, ne a singulis reliquam partem petat: quo fit, ut non videatur prohiberi partem reliquam a singulis petere, etiam post litem cum singulis pro parte contestatam.

8 Sed † nihilominus et hoc verum est, divisa inter fidejussores actione, idest, omnibus conventis, et singulis pro parte, sic inter eos actionem dividi: ut non magis ab uno reliqua pars peti possit, quam peti posset, si omnes solvendo fuissent tempore litis contestatæ. Id non obscure colligitur ex L. *amissi*, §. 1. D. *eod.* Illic ita Papiniani responsum est: si ex persona pupilli tutoribus auctoribus cum pluribus fidejussoribus, qui pupillo obligati erant, actum sit judicio, et divisa inter eos actio, cum quidam ex illis solvendo non essent tempore litis contestatæ: posse minorem in integrum restitui adversus eum, qui solvendo erit, ut in eam partem conveniatur, in quam reliqui solvendo non sunt. Cum Papinianus dicit, pupillum in integrum restitui posse, satis significat eum jure communi adversus eum, qui solvendo est, agere non potuisse. Quoties enim minor jure communi, et auxilio ordinario munitus est, cessat in integrum restitutio, *L. in caussæ*, 2. *D. de minor.* Ergo major creditor si idem fecisset, nullum remedium jure haberet adversus eum, qui esset solvendo. Id etiam satis aperte colligitur ex dicta L. *liberum.* Nam quæstio illic initio posita est de pluribus fidejussoribus, quorum quidam minus idonei fuerunt tempore litis contestatæ, et ante. Et rescriptum est, unum ex his conveniri posse in solidum ab initio; sed semel actione inter eos divisa, non licere post litis contestationem actionem instaurare. Refertur hoc igitur ad eos, de quibus quæstio posita erat, idest, ad eos, qui tempore litis contestatæ solvendo non fuerunt: quibus dicimus superiorem divisionem prodesse.

Sed adversus hanc sententiam multa disputari possunt, quæ breviter diluemus. Ac primum in eam rem hoc argumentum est. Si unus ex pluribus fidejussoribus pro parte conventus in reliquam partem liberatur, ut deinceps de ea conveniri non possit: necesse est aut jure liberetur, aut creditoris conventione. Neutrum esse reperietur. Non liberatur jure civili: nam singuli hoc jure solidum debent. *L.* 3. *supr. eod.* Non ex epistola D. Hadriani: nam ex hac epistola dividitur actio tantum inter eos, qui solvendo sunt. *d.* L. 5. *supr.* §. *si plures*, *Instit. eod.* Nos autem agimus de his, quorum quidam solvendo non fuerunt tempore litis contestatæ. Rursum non liberatur fidejussor pro parte tantum conventus creditoris conventione. Non enim si creditor partem petiit a singulis, ideo cum singulis pacisci intelligitur, ne reliquam petat, ut jam dixi: argumento est, quod si creditor ab uno solo petierit partem, non ideo in reliquam partem liberatus intelligitur, ut supra docuimus. Quapropter ne tunc quidem liberabitur, cum creditor non cum uno tantum egit, sed egit pro parte cum omnibus.

Respondeo; † cum creditor partem petit 9
eodem tempore a singulis fidejussoribus, fateor, singulos consensu creditoris in alteras partes non liberari, certe de eo consensu nihil probare. Sed liberantur ex epistola D. Hadriani, quoties creditor inter fidejussores divisit actionem; non quidem verbis epistolæ, sed sententia. Nam epistolæ verba cogunt solum dividi actionem, cum fidejussores solvendo sunt; non autem cum solvendo non sunt. Sed si nihilominus creditor sua sponte actionem inter eos diviserit: sententia epistolæ est, ut omnes pro parte tantum deinceps teneantur, quanvis ab initio non omnes solvendo fuerint: quia creditor actionem inter fidejussores dividendo solidi petitioni re-

renuntiarit. Colligitur hæc sententia hoc argumento. Nam si creditor coactus diviserit actionem inter eos, qui solvendo erant: non potest postea ex epistola unum ex iis in solidum convenire, quanvis alter desinat esse solvendo. Ergo multo minus poterit unum convenire in solidum, ubi sua sponte non coactus divisit actionem inter eos, qui jam tum solvendo non erant. Nec in eo fit creditori injuria, atque adeo nullum damnum ejus esse videtur, si sua culpa damnum sentit, ut est regula juris. *L. quod quis ex culpa*, D. *de regulis juris.* Nunc autem certa culpa ejus id accidit. Nam si scibat aliquos solvendo non esse, cur non convenit in solidum eum, qui solvendo erat? si ignorabat aliquos solvendo non esse: tamen fuit in potestate ejus unum quemlibet in solidum convenire: nec cogitur cæteros convenire pro parte, nisi is fidejussor, qui in solidum convenitur: id postulet, ut fiat periculo suo. L. *si dubitet*, 10. *in pr.* D. *eod.* Id si non fecit creditor, de se queri debet. Confirmatur hæc sententia verbis L. *liberum, supra.* Nam cum illic diceretur divisam actionem instaurari non posse, ratio hæc addita est: non quia creditor consenserit; sed quia juris ratio id non patiatur.

Secundum argumentum adversus superiorem sententiam hoc est: Cum sunt duo fidejussores, puta, Primus et Secundus, ac Secundus solvendo non est, si creditor cum utroque pro parte agat: et volumus Primum non posse conveniri ex persona Secundi, qui solvendo non est, necesse est Primum pro ea parte liberari, aut ex persona sua, quia ipse pro parte conventus sit; aut ex persona Secundi, quia Secundus pro parte fuerit conventus. Atqui non liberatur Primus, quia sit tantum conventus pro parte. Nam si solus conventus esset pro parte, non ideo in reliquam partem liberaretur, ut supra docuimus ex L. *inter eos*, §. 1. *D. eod.* Non debet etiam liberari pro altera parte, quia Secundus pro ea parte conventus sit: quippe electione Secundi Primus non liberatur, et generaliter unius electione non liberantur cæteri, si is qui electus est, non satisfaciat, ut in hac *L. reos*, diserte constitutum est. Quare Primus in proposito nullo modo pro reliqua parte Secundi liberatur. Respondeo, sic res habet: neque Primus ideo liberatur, quia cum ipso pro parte actum sit; neque ideo, quia Secundus in reliquam partem sit electus: denique neque consensu creditoris liberatur, neque Secundi fidejussoris electione. Sed liberatur propter divisam a creditore actionem: quia hanc divisionem jus ratam habet, quasi actione divisa solidi petitionem ille remiserit, ut dixi.

Tertium et postremum in eandem sententiam argumentum hoc est: creditor antequam litem cum omnibus fidejussoribus contestaretur pro parte, potuit unumquemlibet ex his in solidum convenire si cæteri idonei non essent, L. *liberum*, *in pr. sup.* Ergo et post litem contestatam, poterit, quanvis inter eos diviserit actionem, litem contestando; quoniam nemo litem contestando deteriorem suam conditionem facit, sed meliorem. *L. non solet*, *L. nemo enim*, *D. de reg. jur.* Respondeo: quod creditor post divisam inter fidejussores actionem non potest amplius unum in solidum convenire: non sit propter litis contestationem, quæ revera nunquam nocere solet; sed fit, ut jam dixi, propter divisionem actionis, quæ tamen dividi non potest, nisi litem cum singulis creditoribus pro parte contestando. Ita rata erit hæc sententia: divisa inter plures fidejussores actione, idest, omnibus pro parte virili conventis, non posse deinceps unum ex fidejussoribus in solidum conveniri ex persona eorum, qui solvendo non sunt, sive tempore litis contestatæ omnes solvendo fuerint, sive jam tum quidam ex jus solvendo non fuerint.

Ad L.

Ad L. *Fidejussoris* 24.

Iidem AA. et CC. Pergamio.

Fidejussoris quidem heres exemplo rei principalis tenetur. Sed si idem utrisque succedat, intercessionis obligatione finita, velut principalis tantum debitoris heres conveniri potest. S. XI. Kal. Jan. CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Cum fidejussor debitori; aut debitor fidejussori, aut unus et idem utrique succedit, toties unam tolli obligationem, et eam fidejussoriam; non principalem: et cur ita utrumque.*

FIdejussore mortuò etiam heres ex caussa fidejussionis obligatur. §. *fidejussor non tantum*, *Inst. eod.* Hoc ita est: nisi hic heres sit heres debitoris ejus, qui fidejussori suo prius successerat. Nam et hic heres ut debitori, ita per interpositam personam debitoris fidejussori quoque heres est *L.* 2. *L.* 3. D. *de her. pet. L. ult. supr. de Instit.*
1 Nunc † autem quoties aut fidejussor debitori principali, aut debitor fidejussori; aut quod idem valet, unus idemque fidejussori et debitori succedit; toties altera obligatio tollitur: quoniam necesse est natura diversos esse, eum qui fideiubet pro aliquo, et eum pro quo fidejubetur. L. *heres*, §. *servo*, D. *h. t.* Ultra igitur obligatio tollitur, fidejussoria, an principalis? Placet fidejussoriam obligationem perimi, principalem manere. *d.* L. *heres*, §. *servo*, L. *Stichum*, §. *quod vulgo*, D. *de sol. et hoc loco.* Et recte: nam si principalem perimi vellemus, eadem opera accideret, ut tolleretur et accessoria. L. *in omnib. speciebus*, D. *de solut.* Itaque utraque perimeretur cum summa injuria creditoris: nos autem unam saltem manere volumus.

Ad L. *Pignoribus*. 25.

Iidem AA. et CC. Philippo.

Pignoribus datis a reo principali distractis, nec post longi temporis intervallum residuum a fidejussore creditor petere prohibetur. S. VI. Kal. Jan. CC. Coss.

CReditor parte debiti soluta, res quas pignori obligaverat, vendidit, non consentiente debitore. Deinde res ab emptoribus possessæ longo tempore adversus creditorem usucaptæ sunt, juxta L. 1. *et* L. 2. *sup. si adver. cred. præs. oppon.* Pignore liberato quæritur, an liberentur quoque fidejussores pro eo, quod reliquum debetur. Rescriptum est, uno genere cautionis soluto, non ideo fidejussores liberari, de qua re diximus ad L. *etiamsi*, *sup. hoc tit.*

Ad. L.

Ad L. Sancimus. 26.

Imp. Justinianus A. Juliano *Præfecto prætorio.*

Sancimus, si quis pro alio spoponderit, quatenus eum intra certum tempus tradat, vel certam quantitatem pecuniarum pro eo inferat, et tempore statuto jam affluente non poterit eum repræsentare, non statim pecunias pro eo stipulatas inferre, sed competere quidem post temporis lapsum omnimodo, pœnalem actionem: non autem statim summam, pro qua fidejussor admissus est: profligari. Sed siquidem usque ad sex mensium spatium tempus statutum sit, aliud tantum ei indulgeri (sancimus,) intra quod si possit personam exhibere, et eam tradere, pœna sit liberatus. Sin autem amplius quam sex mensium tempus ab initio constitutum est: tunc quantacunque temporis curricula data sunt, tamen post lapsum eorum semestres tantum habere eum inducias intra quas sit ei licentia personam et non pecunias reddere. Sin autem et secunda adjectio temporis excedat: tunc omnimodo pœnam pecuniariam persolvat. Sed si quidem post statutum ab initio tempus completum maluerit reum pro quo convenitur, defendere: licere ei hoc facere, nisi pacti tenor ad hoc reclamaverit, si forsitan sine defensione facieda pro eo fidejussit. Sed si defensionem subierit, eam usque ad finem implere: nulla ei licentia concedenda in medio personam tradere, et pecuniarum dationem effugere. Sin autem et secundum tempus effluxerit, nullo modo ei licentia concedatur nec ad defensionis venire præsidium: sed omnimodo pœnam conferat, nisi intra primum tempus quod statutum est, reus principalis ab hac luce subtractus, tunc enim penitus ab exactione pœnæ liberum eum custodiri oportet. Quod si secundo tempore instante mortuus fuerit, nihilominus pœna jam commissa a fidejussore exigatur: omnibus quæ in fidejussores, quando tali pœnæ fuerint illigati, statuimus, et in heredes pro utilitate eorum obtinentibus. Dat. VI. Kalen. April. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Summa constitutionis.*
2. *Singularia constituta hac lege, et constituendi ratio.*

1 PRomisit † aliquis se alium judicio stiturum intra certum tempus; et nisi stitisset, promisit pœnam, ut est species L. *quoties quis*, 81. D. *de ver. obl.* Intra tempus stipulatione constitutum pœnam peti non posse semper constitit, sive is de quo agitur, sisti adhuc possit, sive non possit, et quidem culpa promissoris. L. *si eum*, §. 1. *D. si quis caut.* Tempore constituto transacto, an pœna statim peti possit, quæsitum est. Olim potuit, nisi quod liberari potuit promissor, si post tres pluresve dies sisteret judicio eum, quem oportebat, et non fecisset actoris jus deterius L. *etsi post tres*, D. *si quis caut.* Hic constitutum est, non statim pœnam peti posse. Estque totius constitutionis hæc definitio. Nam si is, de quo sistendo agitur, vivit, Justinianus post tempus conventione comprehensum, etiam aliud adjecit legitimum, intra quod adhuc promissori hominem sistere et exhibere liceret. Id tempus est sex mensium, si stipulatione sex item menses dati erant, aut longius tempus, quam sex mensium. Quod si infra sex menses tempus conventione constitutum sit: Justinianus nihil expressit, quod tempus hic insuper vellet adjici. Sed bene Accursius colligit ex sententia legis tempus conduplicari. Præterea intra hoc legitimum tempus, quod a Justiniano adjici diximus, non solum is promissori ad liberationem hominem sistere, seu exhibere concessit; sed etiam fecit ei potestatem ejus nomine defensionem suscipiendi: ut sive eum exhiberet, sive eum defenderet, pœnam non deberet: dummodo non convenisset nominatim ab initio, ut nec eum, de quo agitur, de-

defendere liceret. In hac defensione hoc adjecit: ut si promissor absentis defensionem suscipit, sciat sibi postea liberum non esse eum hominem exhibere, sed debere ipsum in ea defensione ad extremum perseverare. Hæc, ut dixi, si is qui sisti debuit, adhuc vivit. Quod si mortuus est, siquidem intra tempus stipulatione constitutum: promissor liberatur; sin post id tempus, statim pœna committitur, et statim a promissore exigi potest.

2 Hæc † summa constitutionis, in qua duo singularia notanda sunt. Primum illud quod Justinianus novum spatium promissori dedit ad hominem exhibendum, et pœnam evitandam. Nam ante ubicunque intra certum tempus quid fieri promittitur, et nisi factum sit, promittitur pœna, sic jus fuit perpetuum: ut si factum non esset, quod debet, ita pœna committeretur, ut eam postea purgare non liceret ad pœnam evitandam. L. *trajectitiæ*, *D. de oblig. et act.* L. *magnam*, *supr. de cont. stip.* contra quam Justinianus in hac specie constituit. Constitutionis ratio et æquitas hæc videri potest: quod difficile sit homines sistere, et multæ causæ incidant, propter quas sisti non possint; etiam cum maxime promissor voluerit, et dederit operam, ut sisteret. Itaque hinc difficultatem leniit Justinianus longiore tempore ad exhibendum constituto. Alterum illud singulare, quod intra tempus legitimum a se constitutum fecit potestatem promissori suscipiendæ defensionis absentis. Nam alioqui ita jus est, ut qui promisit se aliquem stiturum, eum sistendo, idest, faciendo, quod promisit, liberetur: aliud autem faciendo, et generaliter aliud pro alio solvendo promissor invito creditore liberari non possit. L. 2. §. 1. D. *si cer. pet.* Cur ergo Justinianus hic contra constituit adversus creditorem? quia hoc constituto, non ideo videtur creditori fieri injuria, sed potius id præstari, quod promissum est: si spectamus id, quod actum fuit, idest, mentem, et propositum contrahentium. Nam ideo promittitur quis sisti, ut sit creditori ejus conveniendi, et cum eo judicio agendi copia; satis autem conveniri videtur, qui aut per se defenditur, aut per alium qui condemnatus judicatum facit. *L. 2. D. quib. ex caus. in poss. eat.*

Quod Justinianus constituit, ut homine, de quo agitur, intra tempus conventionale defuncto liberetur promissor; et hoc item jus vetus est. *L. si decesserit*, D. *qui satis. cog.* cujus ratio redditur in *L. si homo*, *D. de verb. obl.* Quod constituit, ut homine post id tempus defuncto statim pœna peti possit, habere potest dubitationem ex præcedentibus partibus hujus constitutionis. Quæritur enim, quare et in hac caussa Justinianus non conduplicaverit tempus, ut fecit, cum is homo, de quo agitur, adhuc vivit. Sed ratio non est obscura. Quippe nequidquam in hac specie tempus novum daretur. Nam prius dabatur tempus novum ejus hominis exhibendi, aut defendendi gratia. Inepte daretur hoc tempus eo homine jam mortuo: cum mortuus neque exhiberi, neque defendi possit.

Ad L. Si fidejussor. pen.

Idem August. Joanni *Præfecto prætorio.*

Si fidejussor nullam quidem cautionem faciat, ostendens se fidejussorem exstitisse, præsentibus autem tabulariis hoc confessus est, quod in fide sua eum suscepit: dubitabatur a Palæstina advocatione, utrumne post duos menses liberetur, quasi sine scriptis fidejussione facta secundum generalia edicta sublimissimæ prætorianæ sedis: an, utpote scriptura interveniente, teneatur. Et divisio alia introducebatur, si idem juris esse debeat tam in publicis caussis, quam in privatis. Sancimus itaque, nisi confessio literis exposita fuerit a fidejussoribus ex repræsentatione personarum, licet attestatio super hoc processerit, attamen adhuc sine scriptis esse fidejussionem, videlicet in caussis privatis existimari: et duobus mensibus effluentibus, ab hujusmodi nexu fidejussores liberari: nisi in tempus certum data est fidejussio. Tunc enim in tantum eam extendi in quantum etiam attestatio fuerit expressa. Sin autem in publica caussa (necessitas interveniat,) tunc omnimodo attestationem pro scriptura haberi. Multis etenim privilegiis propter publicas necessitates publico juri præstitis, non ab re est et nos hujusmodi prærogativam ei condonare. Dat. XII. Kalend. Mart. Constantinopol. post consulatum Lampadii, et Orestis VV. CC.

IN præfectura Joannis præfecti Prætorio hæc lex servabatur: ut si fidejussor promisisset aliquem judicio sisti, siquidem et scriptis intervenientibus, perpetuo teneretur; sine scripto autem liberaretur post duos menses. Hoc jure posito, ex facto quæsitum est. Fidejussor promisit alium judicio sisti sine scriptis. Postea apud tabellarium confessus est se id promisisse; et ejus confessionis instrumentum factum est. Quæstio, an hic videatur in scriptis promisisse, an sine scriptis? ut sic intelligamus, an is ad legem suprasctiptam pertineat, an non pertineat. De ea re hic ita constitutum est: siquidem de caussa civili agatur: videri fidejussionem sine scripto factam, ut scilicet initium spectemus: ideo fidejussorem secundum legem suprascriptam post duos menses non teneri. Sin in caussa criminali idem factum sit: videri contra fideiussorem in scriptis factam, ut sic fidejussor perpetuo teneatur: quia res pendi debeat ex contestatione sequente, non ex eo, quod ab initio factum sit. Cur hæc tam varie, cum utrobique factum sit idem? Ait Justinianus, id se propter utilitatem publicam in caussa criminali constituere. Quænam ergo ista est necessitas, et utilitas publica, quam intelligit? Ea est, quam dicimus in persecutione delictorum versari. Reipublicæ enim interest delicta non manere impunita. Pertinet id ad vigorem disciplinæ publicæ, propter quam utilitatem multa jure civili contra regulas communes juris recepta esse constat. L. *ita vulneratus*, *vers. quod si quis*, *D. ad L. Aquil. locatio*, §. *quod illicite*, *D. de public.*

Ad L.

Ad L. Generaliter ult.

Hæc lex exposita est ad L. *reos*, *supr. hoc tit.*

LIBERATIONUM DIVISIO, HARUM GENERA,

Et sequentium duorum titulorum argumentum, ac sedem in hoc genere indicans

SUMMARIA.

1. *Ipso jure tolli obligationem quid.*
2. *Liberationum, quæ ipso jure contingunt, genera.*
3. *Solutio.*
4. *Compensatio.*
5. *Obsignatio.*
6. *Nudo consensu quæ tollantur obligationes.*
7. *Novatio.*
8. *Acceptilatio.*
9. *Mutatione prioris status obligationis quibus modis tollatur obligatio.*
10. *Confusio.*
11. *Interitus rei debitæ.*
12. *Duarum caussarum lucrativarum concursus.*
13. *Tempore quæ, et quomodo finiantur obligationes.*
14. *Pacto obligationem ad tempus constitui non posse ipso jure.*

Diximus ad titulum *de exceptionibus*, *supra*, liberationum genera summa esse duo: aut enim ipso jure liberari debitores, aut per exceptionem. Quibus modis liberetur quis per exceptionem, illic indicavimus. Sequuntur liberationes eæ, quæ ipso jure contingunt, quo ex genere sunt hæ, de quibus proximis tribus titulis agitur, sed paucæ ex innumeris. Plures Justinianus in *Instit. Tit. quib. mod. tol. obl.* hoc argumentum ex professo tractans complexus est. Non plures tamen, quam quæ ex voluntate reorum contingunt: ac ne eas quidem omnes. Quas ut esset complexus; non tamen haberemus omnes species hujus generis, sunt enim non paucæ, quæ et sine voluntate reorum eveniunt. Quare cum de liberationibus sint hi tituli, qui sequuntur: ne quis jam ab initio eo numero deceptus in his generibus versari omnes liberationes existimet; simul ut monitus longe plura genera esse, hæc ipsa, quæ sunt, jam ante animo perspicere possit, et videre, istæ quæ sequuntur, ad quod ex his genus referri debeant: recte fecerimus, si initio liberationum omnium istarum, quæ jure ipso obligationem tollunt, genera, eorumque generum species breviter complectamur. Id ita commodissime consequi posse videmur.

1 Ipso † jure liberatio est, cum qua obligatione prius tenebatur debitor, ea ita tollitur verbis ipsius legis, ut nulla amplius super-
2 sit. Tollitur † hoc modo jure communi omnis obligatio dupliciter. Aut enim solvitur eorum facto, ad quos ea res pertinet: aut his etiam invitis sua sponte exstinguitur. Prioris generis sunt eæ liberationes, quæ sequentibus titulis exponuntur. Posterius genus, ut dixi, totum et hoc loco, et in Institutionibus in hoc argumento prætermissum est. Facto reorum obligatio partim solutione tollitur, partim dissolvitur consensu.

Solutio † est præstatio rei debitæ. L. *solutam*, *D. de solut.* Hæc præstatione maxime naturaliter tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in princ.* Nam obligatio omnis huc spectat, ut aliquid præstetur, ut declarat obligationis definitio, *Instit. de obl. in pr.* Ita hoc præstito obligationi satisfactum est. Solutionem cum dicimus, etiam eas species volumus intelligi, quæ solutionis vicem habent. Hæ duæ sunt: Compensatio, et Obsignatio pecuniæ debitæ. Compensatio † est crediti et debiti invicem contributio. 4 *L.* 1. *D. de compens.* Hæc ita fit, cum ex duobus, quorum uterque et debitor esset et creditor, unus debitum cum credito contribuit. Hoc modo iure ipso tollitur obligatio: non alia de caussa, quam quod compensatio pro solutione habetur, ut est in *L.* 4. *sup. de compensation.* Et recte habetur: sic enim debitor compensare intelligitur, cum quod a creditore suo sibi debitum exigere poterat, id apud eum esse vult pro soluto, quod perinde est, ac si id a creditore exegisset, et acceptum illi solvisset. Hic ordo naturalis futurus erat: sed celeritate actionum conjungendum hic circuitus vitatur, juxta L. 3. §. *ult.* D. *de don. int. vir. et ux.*

De † obsignatione est in L. *obsignatione*, 5 *inf. de sol.* ubi dicetur. Sine solutione consensu

sensu dissolvitur obligatio, cum id agitur, ut ab obligatione discedatur: sive ut qui tenebatur, amplius non teneatur. Id contingit alias nudo consensu; alias cum legitimus ali-
6 quis actus ad consensum accesserit. Nudo † seu solo consensu obligationes dissolvuntur, quæ consensu contractæ erant, cum id agitur rebus adhuc integris, ut ab obligatione recedatur. Hujusmodi contractus sunt, emptio venditio, locatio, conductio, societas, mandatum. De hoc genere est in §. *ult. Instit. quib. mod. tol. obl. L. ab emptione, D. de pact.* Hoc modo cæteræ obligationes non tolluntur. Vetat regula juris, quæ dictat, secundum naturam esse unumquodque dissolvi eo modo, quo colligatum est L. *nihil tam naturale*, L. *fere quibuscumque*, *D. de reg. jur.* Sed tolluntur tamen et cæteræ obligationes consensu, cum ad consensum idoneum aliquid, quod valeat ad liberationem accesserit. Quam ad rem recepta sunt genera duo, Novatio et Acceptilatio: in quibus præter consensum licet observare hæc, quæ confirment liberationem, partim obligationem novam, partim verba, partim litis contestationem, de quibus postea suis locis.

7 Novatio † est prioris obligationis in aliam transfusio. *L.* 1. *De novat.* Vel hinc intelligitur sic novatione nasci novam obligationem, ut simul tollatur prior translata in posteriorem, *d. L.* 1. *L.* 2. *D. de novat.* De hoc genere est in §. *præterea*, *Instit. quib. mod. tol. obl.* De eo dicemus amplius ad titulum proximum *De novat.* Acceptilatio
8 est † verborum conceptio, quibus creditor a debitore interrogatus, an quod sibi debetur, acceptum habeat, acceptum ferat, respondet se acceptum habere, acceptum ferre. Hoc modo non omnes obligationes tolluntur, sed quæ verbis, idest, stipulatione contractæ erant: idque efficit eadem illa regula juris, quam ante dixi *d. L. nihil tam naturale*, D. *de reg. jur.* De hoc genere est in §. *item per acceptilationem*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* Et de eo nonnihil amplius attingemus ad tit. *De accept. infr.*

Non solum consensu tollitur obligatio, quod fit superioribus modis; sed etiam invitis et ignorantibus iis, ad quos ea res pertinet: quod erat alterum genus justæ liberationis. Hoc modo exstinguitur obligatio dupliciter. Nam aut mutatione prioris status intercidit, aut finitur tempore. Licet enim nobis hoc loco brevitatis caussa amissionem rei, quæ salvo corpore contingit, ad mutationem prioris status referre, ut interitu rei contineatur: etsi in jure quoque harum rerum nonnihil intersit. Neque enim nunc omnia genera liberationum exacte persequimur: sed tantum genera summa leviter indicamus, plenius alias de his et subtilius suo loco per opportunitatem dicturi. Mutatione † prioris status 9
intercidit, quoties redit in eum casum, a quo incipere non potest, quæ perpetua juris definitio est in obligatione ex contractu. L. *pro parte D. de servit. L. existimo*, *D. de ver. obl.* Nulla ab initio contrahi obligatio, aut consistere potest sine personis debitoris et creditoris, inter quas contrahatur: nulla sine re, quæ deducatur in obligationem: nulla sine eo, ut quid inde creditori acquiratur. Proinde sive personæ istæ postea esse desinant; sive desinat esse res, quæ possit deberi; sive jam inde creditori nihil acquiri possit, obligatio sua sponte ex eventu intercidit, rediens in eum casum, a quo incipere non poterat. Hinc hæc genera liberationum nata, ut exstinguatur obligatio; a personis, confusione; a rebus, interitu rei debitæ, a potestate acquirendi, dominio rei debitæ creditori quæsito. Confusio † est: cum creditor debitori, aut 10
debitor creditori suo succedit. L. *debitori*, *sup. de pact.* L. *Stichum*, §. *aditio*, D. *de solut.* Hic confundi obligatio dicitur, quia concurrunt in unam personam obligatio et actio, in qua persona et hæc confunduntur: cum scilicet idem creditor esse incipit, et simul debitor, quod natura non patitur. Ex quo evenit, ut obligatio hoc modo exstinguatur.

Interitu † rei debitæ, qui sine culpa et 11
mora debitoris contigerit, omnis debitor liberatur. *L. ex legati*, *D. de verb. obl. L. quod te*, D. *si cert. pet.* Hoc ex eo, quod sine re ab initio consistere non potuit obligatio: quo fit, ut ea re sublata res redeat in eum casum, a quo incipere non poterat, ac proinde tollatur §. *item contra*, *Inst. de inutil. stipulat.* Si culpa debitoris res pereat, vel quia rem debitam occidit, vel quia mora eo facta est, quominus eam recte daret: perinde tenetur quasi res exstaret. *d.* L. *si ex legati*, *et* L. *seq.* L. *nemo*, §. 1. D. *de verb. obl.* Interitum rei cum dico, non tantum intelligo naturalem interitum; sed et civilem, cum res debita ex hominum commerciis eximitur. *d.* §. *item contra*, *Instit. de inut. stip.* L. *inter*, §. *sacram*, *D. de verb. oblig.*

Dominio † rei debitæ creditori quæsito ea- 12
dem de caussa obligatio exstinguitur: quia ab initio res nostra nobis deberi non potest. *Inst. de inut. stip. in pr.* Sed hoc ita temperatum est a veteribus, ut ita demum domi-

minio rei debitæ creditori quæsito, debitor liberetur, si res debeatur ex lucrativa caussa, eademque ad eum pervenerit ex alia caussa lucrativa. Ut, si res aliena ei legata sit testamento alicujus, deinde sit donata a domino: heres is a quo legata erat, ipso jure liberatur. *L. omnes debitores*, D. *de obl. et act.* §. *si res aliena*, *Inst. de legat.* Quod si res ex caussa lucrativa debita, pervenerit ad creditorem ex alia caussa onerosa; puta quia prius legatam, aut donationis caussa promissam ab eo, qui dominus non erat, postea vel ex permutationis caussa, aut in dotem a domino accepit: debitor prior non liberatur. L. *ex promissione*, *D. de obl. et act.* Idemque e converso dicendum est, si res creditori empta sit; deinde ad eum pervenerit ex caussa lucrativa. Verum hic occurritur veteribus: nam quocunque modo res debita facta sit creditoris, semper verum est, rem illi amplius dari non posse, atque ita rem rediisse in eum casum, a quo incipere non poterat. Cum consequens erat, etiam hoc modo tolli obligationem, secundum constitutionem illam juris supra a nobis positam, et ab his ipsis veteribus receptam: quod illi in hoc temperamento mutant. Imo illi hic omnia secum admodum consentienter. Cum enim res ex caussa onerosa pervenit ad creditorem, perinde habetur, quasi non pervenisset: propterea quod creditori pro ea re aut pretium abest, aut alia res pro pretio. Sic autem definierunt iidem illi veteres, et recte: ei rem abesse videri, cui pro re tantundem abest. L. *Labeo et Sabinus*, *D. de*
13 *verb. sig.* Tempore † finitur obligatio ipso jure, cum lege obligatio et actio ad certum tempus constituta est: exemplo est redhibitoria, et actio, quanto minoris res valuit, quam empta est: quarum illa intra sex menses; hæc intra annum datur edicto ædilium, L. *sciendum*, §. *ult.* D. *de æd. sed.* nempe prior post sex menses nulla erit, posterior post annum. Idem accidit in omnibus honorariis actionibus ex maleficio, quæ intra annum constitutæ anno finiuntur, L. *in honorariis*, *D. de obl. et act.* Si ab initio simpliciter actio constituatur lege; deinde aliis legibus caveatur, ut actio duret tantum ad triginta, aut quadraginta annos: sic hæc derogatio accepta est, ut posteriore lege non tollatur obligatio ipso jure post triginta, aut quadraginta annos; sed tantum per exceptionem, quæ dicitur præscriptio temporis. L. *omnes*, L. *sicut*, *sup. de præc. trig. vel quadr. ann.* Scilicet quia ab initio sine præfinitione temporis obligatio constituta erat, quæ cum sit una ex legibus prioribus, non recte videntur leges priores in ea obligatione pro parte temporis juberi manere, et pro parte abrogari. Ita manent in omne tempus ipso jure; sed post tempus posterioribus legibus constitutum exceptione opposita oblique abrogantur. Illud † monendi sumus, so- 14
lum hoc lege effici posse, ut constituatur obligatio ad tempus ita, ut transacto eo tempore finiatur. Cæterum pacto ad tempus obligatio constitui non potest, quin post tempus jure civili obligatio maneat. Sed post tempus petenti obstabit pacti, seu doli exceptio. L. *obligationem fere*, *D. de obl. et act.*

AD TITU-

AD TITULUM XLII.

DE NOVATIONIBUS ET DELEGATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Novatio quid.*
2. *Novatio fit solum per stipulationem, et litis contestationem, non nudo consensu.*
3. *Naturalem pupilli obligationem posteriorem verbis inductam ad novationem sufficere; servi non item: et cur.*
4. *Novationem nullam esse sine animo novandi, et eo verbis nuncupato.*
5. *Novatio voluntaria et necessaria.*
6. *Voluntaria quæ; et quomodo fiat tum cum debitore, tum cum extraneo.*
7. *Delegatio, quid.*
8. *Voluntariæ novationis effectus.*
9. *Necessariam novationem fieri lite cum vero debitore contestata.*
10. *Litis contestationem novationem habere, et hoc quam verum sit, et quatenus.*
11. *Novatio necessaria per litis contestationem quibus in rebus spectetur pro commodo creditoris.*

1 Novatio, ut supra attigimus, est † prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem transfusio, atque translatio, sic Ulpianus in L. 1. *D. eod.* Fit hæc translatio duabus his rebus intervenientibus: nova ejusdem debiti obligatione contractus; et interposita novandi voluntate. *d.* L. 1. *D.*
2 *eo. et* L. 3. *in fin. inf. hic.* Nova † obligatio ad eam rem utilis contrahitur aut stipulatione, aut judicio de eadem re sucepto, seu per litis contestationem. Unde et totidem modis dicitur fieri delegatio, species novationis in L. *debitore*, D. *eod.* Quippe ex stipulatione nascitur actio de jure civili: §. *de constituta*, *Inst. de act.* Judicio autem recepto contrahitur, sicut stipulatione. L. 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Solus consensus, seu nudum pactum ad novationem nihil prodest, quanvis animus novandi accesserit: non tam ideo, quod ex pacto non nascitur actio (quid enim, si quis hinc naturalem nasci obiiciat, quæ ad novationem sufficit?) quam quod pacto non tollitur obligatio civilis nudo consensu non contracta. L. *si unus*, §. *pactus*, *D. de pact.* Novatione autem priorem obligationem tolli volumus. At potest obligatio prior tolli verbis, idest, stipulatione: quia in stipulationibus jus versatur, ut est in *d.* L. *si unus*, §. *pactus.* Potest et judicio propter rerum judicatarum auctoritatem, quam servari publice interesse putatur. L. *servo*, §. *cum prætor*, *D. ad Trebell.* Unde hæc inter se comparantur in *d.* L. 3. §. *idem scribit*, *de pecul.* Hinc extra judicium ubique ad novationem verba et verborum obligationem exigi, ac per hæc novationem fieri dici videmus, ut L. 1. L. 2. *D. eo.* L. 3. *in fin. infr. eod.*

Sed † notandum, dum superiorum alterutrum intervenerit, stipulationem dico, aut judicium: nihil referre ad novationem, quæ obligatio nova inde contracta sit; civilis, an naturalis. Etiam naturalis ad eam rem sufficit: ut, si pupillus sine tutoris auctoritate novandi animo promiserit, fiet novatio. L. 1. *D. eod.* atque hoc modo res amittetur videlicet: ubi et liberabitur prior debitor novatione, et posterior obligatio, quæ tantum est naturalis, nulla futura est, ut hoc explicatur in §. *præterea*, *Inst. quib. mod. toll. obl.* Additur tamen ibidem non idem juris esse, si a servo quis fuerit stipulatus novandi caussa: nam tunc priorem perinde obligatum manere, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Et tamen obligantur servi naturaliter. L. *servi*, *D. de obl. et act.* Sed hoc ita est in cæteris caussis. Exceptæ sunt cæteræ: quare adeo capax non est, ut in his nihil putetur agere, eoque nec ex his obliget dominum etiam de peculio. Hæ caussæ sunt, judicium, compromissum, jusjurandum, intercessio. L. 3. §. *si filiusfamilias*, §. *si servus*, *D. de pec.* Est autem species intercessionis pro alio obligationem in se suscipere novandi animo, L. 2. §. *ult. D. ad Vell.* L. 1. *C. eod.* Nihil † agit ad novationem nova obligatio de eadem re suscepta, ne civilis quidem, nisi animus novandi accesserit. Sine hoc nulla fit novatio; sed posteriore obligatione secuta pro una duæ constituuntur obligationes, vetus, et nova. L. 3. *in fin. infr. hoc tit.* L. 2. *D. eo.* Hunc animum magna ex parte placebat veteribus satis probari conjectura voluntatis, si in posteriore stipulatione, aut nova persona intercederet, aut aliquid rei novæ: puta si dies, aut conditio obli-

obligationi adjiceretur. Denique hunc animum conjecturis inquirebant: ex quo magnæ controversiæ nascebantur. Quæ res præbuit occasionem constitutioni Justiniani, quæ est L. *ult. inf. hic.* qua omnem ansam superioribus controversiis præcidens cavit, ne aliter posteriore obligatione interposita novatio fieri intelligeretur, quam si nominatim dictum esset ideo adhiberi, ut novatio fieret: qui locus explicatur pluribus in §. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.*

Sed neque hæc istius animi probatio ad omnem novationem pertinet, neque omnis novatio ad tollendam obligationem eandem vim habet. Genera hic nobis distinguenda sunt: ex quibus quid sit proprium singulo-
5 rum intelligetur. Novatio † omnis aut voluntaria est, aut necessaria. Voluntariam quandam esse, et hanc potissimum dici novationem, inter omnes convenit: an ulla sit necessaria, ambigitur. Ego esse puto, et indicari genus utrumque in L. *aliam, D. eod.* de
6 quo dicam amplius suo ordine. Voluntaria † est, quæ sit libera voluntate et consensu eorum, inter quos res agitur, non ulla judicii necessitate. Hæc aut cum debitore ipso vetere interponitur, aut cum alio debitoris obligationem in se suscipiente. Cum debitore ita, ut creditor a debitore suo idem, quod prius debuit, aut aliud pro eo stipuletur novandi animo. Judicio cum eo suscepto nulla fit ejusmodi novatio: quoniam debitor a creditore suo conventus necesse habet judicium suscipere, utpote illi jure obligatus, et propter obligationem obstrictus actione, idque est, quod dicitur judicium reddi in invitum, L. *inter*, §. 1. *D. de verb. obl.* Cum alio interponitur novatio, cum debitoris obligationem extraneus in se suscipit novationis caussa. Id vero facere quivis extraneus potest superioribus illis duobus modis, quibus novationem fieri posse dixi: stipulatione, et judicio, seu litis contestatione. Stipulatione: cum stipulanti creditori promittit novandi animo idem, quod reus debuit, aut aliud pro eo, *d.* §. *præterea, Inst. quib. mo. toll. obl.* Judicio, seu per litis contestationem: cum pro debitore se offert liti, et pro eo judicium suscipit eodem animo novandi. Hoc modo enim obligari, qui judicium suscipit, jam dixi: cum judicio contrahatur, *d.* L. 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Sed et debitorem eo facto etiam invitum et ignorantem liberari certi juris est. L. *solutione*, 23. *D. de sol.* Quo jure? Non dubium, quin novatione, cum ex præcedente caussa ita constituatur nova obligatio, ut prior perimatur: quod est novationis. L. 1. D. *eod.* Et si quidem hic extraneus non mandante debitore ultro obligationem ita in se suscipit, nihil amplius in eo exsistere dicitur, quam novatio. Quod † si jubente, et hunc reum cre- 7
ditori dante debitore, is suscipit debitoris obligationem, fit ea species novationis, quæ proprie dicitur delegatio. Est enim delegare vice sua alium reum dare creditori, L. *delegare*, *D. eod.* dare inquam, cum effectu, ut et qui datur, volens reus fiat, et creditor volens volentem admittat. Nam neque delegatur quisquam invitus, nec nisi consentiente, et stipulanti promittente, aut agenti respondente debitore, de quo dicetur *ad L.*
1. *inf.* Novationis † hujus voluntariæ vis pro- 8
pe jam intellecta est. Nempe obligationem novam constituit, et tollit priorem. L. 1. D. *eod.* Novæ, si civilis est, vis ea, quæ foret sine novatione: ut sit nimirum actio nova creditori adversus eum, qui novavit, sive is debitor est, sive extraneus; si naturalis, totum amittitur creditori. Vetus autem et prior actio ita tollitur, ut nulla supersit adversus veterem debitorem, qui ita liberatur, ut si forte delegatio facta sit, nec solvendo sit debitor delegatus, nihilominus liberetur debitor, qui delegavit, ut hic quoque pereat res creditori, bonum enim nomen fecit creditor, qui admisit debitorem delegatum, hoc in L. *inter*, §. *abesse*, D. *mand.*

Necessaria † novatio est, quæ fit per litis 9
contestationem tunc, cum judicio agitur cum ipso debitore. Novationem hic fieri dicimus ex definitione: siquidem hic omnia congruunt, quæ conveniunt novationi. In novatione novam obligationem quærimus, in quam deducatur prior. Et hæc nova judicio contrahitur de ea ipsa re, quæ prius debebatur, quæ et ipsa deducitur in judicium. L. 3. §. *idem scribit*, *D. pecul.* Novatione sic nova constituitur obligatio, ut prior perimatur. Hoc et in litis contestatione cum debitore interposita accidit. Fit autem et hoc a creditore animo novandi, ut paulo post utrumque ostendemus. Nihil igitur hic deest ad novationem. Quod si hic novatio est, non potest, quin sit necessaria: quoniam, ut ante dixi, judicium cum vero debitore institutum tale est, quod reddatur in invitum: proinde tale, quod debitor invitus suscipere necesse habeat. L. *inter*, §. 1. D. *de verb. obl.* Recte igitur necessaria novatio dicta, quæ ex ea necessitate judicii suscipiendi nascitur. Sed et voluntariæ quæ recte opponatur, nulla est, nisi necessaria. L. *alienatio-*
nes,

10 *nes, D. fam. erc.* Sed † prius est, ut constet, ista litis contestatione, seu judicio accepto fieri novationem : de quo inter omnes non convenit. Et vero magna caussa est, cur hic negetur ulla inesse, quod et probat Accursius *ad* L. *ult. in pr. sup. de us. rei jud.* Nam in L. *aliam*, *D. eod.* unde hæc divisio potissimum sumitur, de necessaria ista novatione nihil exprimitur. Sic enim tantum verba sunt: *aliam caussam esse novationis voluntariæ*, *aliam iudicii accepti*, *multa exempla ostendunt:* nec deinceps judicium acceptum, seu litis contestatio dicitur esse, aut nominatur novatio. Quod si de re quæritur, deque veterum hac de re responsis, omnia videntur hic novationem repudiare. Agitur hic de litis contestatione cum debitore interposita. Constat neminem ita judicio agere cum debitore, ut quidquam amittat, sed ut jus suum retineat potius, et si fieri potest, augeat. Absurdum igitur dici litis contestatione priorem obligationem tolli creditori, quod tamen futurum est, si hic ullam novationem intelligimus: cum nulla sit novatio, nisi nova obligatione contracta simul etiam prior tollatur. Idque ipsum regulæ juris aperte confirmant, quibus declaratur, neminem persequendo, et litem contestando deteriorem conditionem suam facere, sed plerumque meliorem. L. *non solet*, L. *nemo enim*, D. *de reg. jur.* dicta L. *aliam, D. de novat.* Congruunt responsa veterum, qui cum faterentur novatione pignus tolli, iidem tamen iisdem in locis scribunt lite cum debitore de debito contestata non item hac contestatione pignus tolli, sed nihilominus, ut prius obligatum manere, ut L. *solutum*, *in pr.* D. *de pig. act.* L. *grege* §. *etiam*, *D. de pig.* Sed verius est inesse quoque et in litis contestatione suam novationem, eamque necessariam ; non sane semper, sed quibus in rebus commodum actoris id exigere videbitur. Primum ex verbis *d.* L. *aliam,* satis hæc novatio colligitur. Nominatur enim novatio quædam voluntaria. Ex quo intelligitur aliquam esse non voluntariam. Nam si nulla est, nisi voluntaria, sufficiebat ita dicere, aliam esse caussam novationis, aliam judicii accepti. Deinde judicium acceptum opponitur novationi voluntariæ : quorsum, nisi ut intelligamus in judicio inesse novationem necessariam, cui soli voluntaria recte opponitur? Sed et ibidem aliqua in re tantum distinguitur novatio voluntaria, a judicio accepto. Ex quo rursum colligitur istas res aliqua in re esse similes : in eo autem similes, quod utraque novationem habet, de qua illic disserit Paulus; verum effectu dissimili, quem effectum eo loco idem Paulus ostendit. Sed et sublata est dubitatio ex L. *ult.* §. *et ideo*, *sup. de usu rei jud.* ubi Justiniani sententia est in hæc verba: *actione judicati priorem contractum novari:* Actione judicati, ille dixit, non litis contestatione: quia etsi dicamus per litis contestationem, seu judicio accepto novationem fieri; sic tamen intelligimus, ut fiat sub conditione, si secundum actorem judicatum erit, et ideo effectu non fit novatio, nisi post rem judicatam. Ne illa nos hic impediant, quæ supra objiciebamus. Non enim dicimus litis contestatione passim fieri novationem, dum ita inducitur nova obligatio, ut tollatur prior: sed tantum pro commodo creditoris, et ut ejus persecutio id exigere videbitur. Itaque quod dicitur litis contestatione non fieri deteriorem conditionem actoris, admittimus, neque volumus hic novationem inesse, nisi quæ prosit. Qua ratione, et illud concedimus, lite contestata, de sorte nihilominus pignus manere: quia isto modo noceret novatio actori, non prodesset, quod non recipimus. Sed est, cum expediat actori sic induci judicio accepto novam obligationem, ut prior in hanc transferatur. Quatenus id fit, sciamus et hactenus novationem fieri pro commodo creditoris. Quam et ipsam veteres hic receperunt. Nam de animo novandi cur tum dubitetur in actore, nihil est: qui agendo nihil aliud spectat, quam ut sibi quam optime consulat. In eo autem consensum exigere ejus, cum quo agitur, absurdum sit: cum adversus eum invitum judicium reddatur. Licet † autem hanc novatio- 11
nem pro commodo creditoris in his tribus agnoscere in petitione unius ex reis credendi; in usuris rei judicatæ; in pœnalibus actionibus judicio inclusis. Unus ex reis stipulandi, si cum promissore agat: traditur in L. 2. *D. de duo. reis*, ea petitione totam solvi obligationem. An judicati? sed hæc potius petitione et litis contestatione constituitur, *d.* L. 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Tollitur ergo prior. Quo jure? non potest aliud hic intelligi, quam novationis: dum ita constituitur nova judicati obligatio, ut in hanc deducatur prior, deducta perimatur. Atque hinc novatio, quod unus ex reis stipulandi agendo hoc animo est, ut totam actionem propriam suam efficiat, quod non aliter fit, quam si alteri stipulandi reo actio adimatur. Et vero ei adimitur. Unde placet amplius ei promissorem solvere non posse. *L. si ex duobus*, 16. D. *de duob. reis.* In quo licet ma-

ma-

nifestius hanc novationem animadvertere: quæ quia agenti expedit, ideo pro commodo ejus æstimatur. Eandem istam novationem in domino et procuratore litis tanquam duobus ejusdem pecuniæ creditæ reis evidenter agnoscas. Nam cum dominus procuratorem ad agendum dedit, incipiunt duo ejusdem rei nomine directam actionem habere: dominus propriam, procurator mandatam. Quod si procurator judicio agere cœperit: ipse agendo sic priorem actionem transfert in actionem judicati, ut hanc sibi acquirens simul et veterem perimat, atque hoc modo auferat priori domino, ut in uno ex duobus reis stipulandi agente fieri modo diximus. Unde procurator post litem a se contestatam dominus litis fieri dicitur; prior autem, qui dominus fuerat, dominus esse desinere, ita, ut nec suo nomine litem possit persequi. L. *procuratoribus*, *sup. de procur.* Quod certe non alia de caussa fit, quam quod lite a procuratore contestata priori domino actio sublata est, translata in procuratorem; neque est sublata, nisi ista, quam dicimus, litis contestationis novatione. In usuris rei judicatæ eandem novationem prioris actionis necessariam esse creditori visum est, quo eas centesimas consequatur, ut explicatur in *d.* L. *ult. in princ. supr. de usur. rei jud.* In pœnalibus actionibus adversus heredes transmittendis hanc ipsam novationem agnoscas. Lite contestata pœnæ persecutio transit adversus heredes, L. *constitutionibus*, L. *sciendum*, D. *de obl. et act.* An ita, ut vetus actio transferatur; an nova tantum judicati, quæ litis contestatione contracta est? Nova omnino, non vetus, quæ morte delinquentis exstincta est. Jus certum est heredes pœna non teneri, heredes in pœnam non succedere. L. *pen. D. de op. no. nunt. d.* L. *constitutionibus*, *de obl. et act.* Quod si ita est, novationem prioris factam oportuit litis contestatione, dum priore sublata constituitur nova, quæ in heredes transferatur. Et tamen quia prior deducta est in posteriorem, quasi adhuc insit in posteriore, ideo dicitur prior per litis contestationem transmitti, et eadem perpetuari. L. *omnes*, *D. de obl. et act.* L. *ult. in fin. D. de fid. tut.* Ex quibus jam intelligi potest, quid distent hæ novationes inter se, voluntaria et necessaria: sive caussas et rationem utriusque inducendæ spectemus, sive vim et potestatem. Sed Justiniani constitutio, quæ est de novatione, L. *ult. inf. hoc tit.* exigit ad novationem, ut nominatim dictum sit, secundam obligationem interponi novationis caussa. An ergo et post eam constitutionem etiam isti novationi necessariæ locus erit: ut scilicet sola litis contestatione superiora commoda actori tribuantur? Et cum sint illa commoda, atque illa novatio ex jure vetere certo, etiam nunc manere oportet, si non sunt sublata. Neque vero abrogantur Justiniani constitutione: quæ de voluntaria novatione scripta, sine dubio ad necessariam non pertinet. Exigit enim constitutio, ut contrahentes de animo novandi exprimant; loquitur præterea de iis, quæ in secunda obligatione adjiciuntur ex consensu, quod apertius declaratur *in* §. *præterea*, *Inst. quibus mod. tol. obl.* Omnia eorum tantum propria, qui ex consensu ad secundam obligationem veniunt. Nihil ad judicium, quod redditur in invitum debitorem, et nullam petitionem admittit, nisi ejus, quod ante debebatur, et uti debebatur. Et certe in qua novatione non exigimus consensum a reo; multo minus, ut aperte consentiat, ab eo exigere debemus.

Ad L. Delegatio. 1.

Imp. Alexand. A. Timotheo.

Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti promittente debitore, jure perfici non potest. Nominis autem venditio et ignorante, vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. PP. V. Id. Febr. Max. II. et Ælian. Coss.

Ad L. Si delegatio. 3.

Idem A. Mutiano.

Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt: quanvis creditori tuo adversus eum solutionis caussa mandaveris actiones, tamen antequam hic contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quod si delegatione facta, jure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita a debito liberatus sis, PP. V. Id. Jun. Gordiano A. et Aviola Coss.

SUMMARIA.

1. *Neminem posse quemquam invitum delegare creditori suo, ne debitorem quidem suum.*
2. *Neminem posse debitorem debitoris sui convenire personali actione, non prius translatis actionibus: et cur.*
3. *Creditorem actiones suas adversus debitorem etiam invitum utiliter in alium transferre posse, et quibus modis transferantur.*
4. *Mandatis translatisve actionibus semper directas retineri ab eo, qui mandavit et cur.*
5. *Mandare actiones, quid.*
6. *Mandatis cessisve actionibus semper utiles actiones suo nomine habere eum, cui cessæ sunt.*
7. *Mandatas directas actiones exerceri ex persona mandantis; utiles ex persona ejus, cui cessæ sunt: et quid intersit, utrum fiat.*
8. *Cessæ actionis effectus.*
9. *Concurrente eo qui cessit actiones, et eo cui cessæ sunt, hunc præferri.*
10. *Mandatum actionum revocari non posse, et quare.*
11. *Denuntiatione ejus cui cessæ sunt actiones, inhiberi debitorem quominus creditori qui cessit, possit solvere: et qualem hic denuntiationem esse oporteat.*
12. *Debitorem scientem mandatas esse adversus se actiones sine alia denuntiatione creditori mandanti solvendo non liberari.*
13. *Mandatis actionibus, quando directas utiliter exercere possit, qui mandavit.*
14. *Lite ab eo qui actiones mandarat, contestata, debitorem novationis quodam jure liberari utilibus actionibus, quas habuit is, cui mandatæ erant.*

1 Circa † delegationem, de qua supra diximus, incidit ex re ipsa quæstio hujusmodi. Diximus neminem posse alium vice sua reum dare invitum; et quod idem est, neminem posse invitum quemquam delegare quod et traditur in L. 1. *hic.* Inde hæc quæsita sunt: Quid si creditor creditori suo delegat debitorem suum; an non hunc saltem potest invitum delegare. Et placet ne hoc quidem eum posse. L. *nec creditoris, infr. eod.* Recte: non est enim delegatio, nisi delegato promittente: nemo autem promittit per stipulationem invitus. Sed † an
2 non etiam sine ulla delegatione, et aliena opera potest creditor debitoris sui debitorem convenire? Hoc vero multo minus potest. L. *penult. hic.* Et generaliter ita jus constitutum est, neminem creditorem posse actione personali debitorem debitoris sui convenire, non translatis prius actionibus a debitore in creditorem L. *ult. et tot. tit. supr. si fiscus, vel priv.* Hoc efficiunt regulæ juris: non enim est actio in personam, nisi adversus eum, qui nobis obligatus est. L. *actionis*, D. *de obl. et act.* Debitores autem debitoris mei non sunt mihi obligati: quoniam nihil mecum gesserunt eorum ex quibus obligatio nascitur.

Quid † ergo, an nullo modo sine delega- 3
tione creditor adversus debitorem debitoris sui invitum experiri potest? Imo potest, si ex justa caussa debitor in creditorem actiones transtulerit: quod facere potest etiam invito debitore suo. Et hæc est sententia L. 1. *hic.* Quomodo autem debitor actiones, quas habet adversus debitorem suum, in creditorem suum transferre potest? His modis omnibus, quibus cæteræ res transferri solent: puta vendendo actiones, de quo modo in hac L. 1. *hic* L. *postquam*, L. *emptor*, *supr. de hered. vel act. vend.* item legando, L. *ex legato*, *supr. de legat.* item in-

in solutum dando, et similibus. L. *ult. supr. si fiscus vel priv.*

Hoc posito quæsitum deinde est, quis sit hujus venditionis, et translationis effectus: de quo est in *L.* 3. *hoc tit.* Qui locus ut commode explicetur, sciendum est hic duo quæri. Primum; an debitor venditis creditori suo actionibus, aut ex alia caussa translatis, desinat veteres actiones habere, quas exercere possit. Alterum, quid ex ea translatione actionis in creditorem transferatur. De quibus sic breviter habendum est. Qui † actionem vendidit, legavit, aut in solutum dedit, etiamsi creditori suo mandet actiones suas, nihilominus jure omnes veteres actiones retinet: quia eas non transfert, neque adeo jus patitur transferri, ut traditur in L. 3. *hic L.* 3. *in princ. D. pro soc.* Sed cur actio non potest transferri, cum possint res omnes cæteræ? Id natura actionis facit. Sic enim lege omnis actio in personam constituta est: ut non sit, nisi adversus eum, cum quo contraximus, aut quasi contraximus, aut qui nobis nocuit. L. *actionum*, D. *de oblig. et act.* §. 1. *Inst. de act.* Nemo autem actiones suas nobis cedendo, efficere potest, ut cum ejus debitore contraxerimus, aut ab eo nobis nocitum sit, ubi revera neque contraximus, neque ab eo nocitum est. Necesse est igitur, ut apud veterem creditorem actio maneat, quæ non est translata. Nihil ne agitur venditis, aut ex alia caussa datis actionibus, in emptorem, et eum cui dantur transfertur? Imo transfertur. Nam is, qui actiones vendidit, cogitur emptori, in quem actiones translatas voluit actiones suas mandare: quo verbo utitur L. 3. et est in hac re usitatum.

4

5 Est † autem mandare alicui actiones committere ei actiones suas exercendas: quod fit, eum procuratorem in rem suam faciendo, ut hoc verbum explicatur in L. *ex nominis*, *supra, de hered. vel act. vend.* Quid si creditor qui actiones vendidit, aut ex alia caussa datas voluit, actiones suas mandet emptori.

6 Nihilominus † emptor, et quisquis est, cui actiones ex alia caussa datæ sunt, utiles actiones habet suo nomine. *L. postquam*, *supra, de her. vel act. vend. L. ex legato*, *supr. de legat. L. ult. supr. si fisc. vel privat.* Si hoc ita est: quid opus est creditori, cui actiones creduntur, exspectare, ut sibi mandentur actiones a venditore actionum; cum ipse utilibus actionibus experiundo, quas habet non minus idem consecuturus sit quam directis: nam utramque actionem ejusdem potestatis esse, eundemque habere effectum, scriptum est in *L. actio, antep. D. de neg. gest.* Et sane si utraque idem petat, eandem vim habet ad id obtinendum. Sed non semper utraque idem persequitur.

Idque † ex ea re accidit, quod emptor mandatas actiones exercet ex persona creditoris mandantis, dum procuratorio nomine experitur; utiles autem uti suo nomine habet, ita et exercet suo nomine, ut est in *d.* L. *ult. si fisc. vel privat.* Utrum autem fiat, multum refert. Nam qui mandatis actionibus experitur, quia experitur ex persona mandantis, etiam ejus vice uti potest, et debet. *L. emptor, sup. de her. vel act. vend.* Et ideo privilegio etiam ex persona mandantis uti potest: ut, si fingas pupillum debitorem meum mandasse mihi creditori suo actiones adversus debitorem suum: in his actionibus exercendis utat privilegio pupilli, quo in bonis ejus debitoris ego præferar omnibus aliis creditoribus chirographariis: scilicet quia ex persona ejus experior, tanquam ejus procurator. Diversum est, si non mandatis ab illo actionibus tantum experiar utilibus adversus ejus debitorem. Hoc tamen ita, si cessio sit voluntaria. In necessaria cessione nihil amplius transferri placet, quam quod fuit proprium actionis, etiam si quis ipsis directa mandatis actionibus experiatur: qualis cessio est pupilli uni ex tutoribus mandantis actiones suas adversus alios contutores. In qua specie responsum est illud, quod modo dixi, tutorem in his actionibus adversus contutores privilegio pupilli non usurum *L. ex pluribus*, *D. de adm. tut.* et hoc optima ratione: quia nemo in necessitatibus liberalis esse soleat, *L. rem legatam, D. de adim. legat.* 7

Hæ † actiones in emptorem, eundemque creditorem creditoris translatæ, id efficiunt, ut is qui mandatas, aut utiles actiones habet, possit et ab invito exigere, quod is debet, adversus quem actiones cessæ sunt, *d. L. ult. supr. si fisc. vel priv.* L. 4. *supr. de her. act. vend.* et volens volentem a vetere creditore quovis modo liberare; puta solutum a debitore accipiendo, de quo in hac L. 3. aut cum eo transigendo, paciscendove, ne ab eo petatur. *L. si cum emptore, D. de pact.* At † quid, si creditor, qui actionem mandavit, aut aliter cessit, inhibeat petitionem? Puta, si is eodem tempore petat a debitore suo, et simul is, cui mandatæ sunt actiones, atque ita ambo concurrant: uter alteri præferetur? nam ambos actionem adversus debitorem habere diximus. Placet eum veteri creditori præferri, qui suo nomine actiones habet. *L. procuratore in rem suam* 8 9

da-

dato, *D. de procurat.* Atqui constat manda-
tum revocari posse, quandocumque manda-
10 tor velit. § *recte*, *Instit. mand.* Sed † man-
datum rei nostræ revocare possumus, cum
libet: rei alienæ non possumus. Actiones au-
tem mandatæ subtilitate juris sunt adhuc
mandantis; revera autem sunt mandatarii,
idest, ejus, cui mandatæ sunt. Is enim fa-
ctus est quidem procurator, sed in rem suam,
ut supra diximus. Tum autem utiles actiones
in eum translatæ sunt: quæ ideo vere illius
11 sunt, quasque exercet suo nomine. Adeo †
autem verum est, eum cui mandatæ sunt
actiones, aut qui actionibus venditis utiles
habet, veteri creditori præferri: ut si tantum
denuntiaverit ei debitori, adversus quem ces-
sæ sunt actiones, ut sibi solveret: postea de-
bitor soli ei teneatur, et si creditori suo sol-
vat, frustra solvat, id quod hac L. 3. *in
pr.* comprehensum est. Illic enim traditur
veterem creditorem posse actionem inhibere,
quam mandavit, si experiatur adversus de-
bitorem suum, priusquam is, cui actiones
mandatæ sunt, denuntiaverit debitori, ut si-
bi solveret. Postquam ergo denuntiatum ei
erit, si veteri creditori solvat, non inhiben-
tur cessæ actiones. Denuntiatum tamen acci-
pere debemus, cum effectu: ut scilicet ita
denuntietur debitori, ne veteri creditori sol-
vat, ut certior fiat denuntianti mandatas es-
se actiones, et hanc illi caussam esse ad in-
hibendam solutionem. *L. nomen*, *supr. quæ
res pig. obl.* Fiet autem certior exhibito in-
strumento cessionis, aut ultro confitente cre-
ditore, qui mandavit. Idque ita bene acce-
pit Bartolus ad *L. 1. in pr. num.* 20. D.
12 *de op. no. nunt.* Ego † puto, etsi ei denun-
tiatum non sit ab eo, cui cessæ sunt actio-
nes, sed aliter sciverit actiones ei esse man-
datas, non magis eum veteri creditori sol-
vendo liberari, denique ut liberetur ei sol-
vendo postea, solum ignorantia defendi, ut
indicatur in *L. ult. D. de transact.* Nam quo-
modo actione utili, una teneri cœpit, facto
suo liberetur? *L. si servum*, §. *nunc videa-
mus*, D. *de verb. obl.* Ergo † dixerit ali- 13
quis: directæ actiones, quæ apud veterem
creditorem manserunt, erunt illi inutiles;
et ita frustra apud eum mansisse diximus.
Et declaratur in *ead.* L. 3. non esse inuti-
les; sed tamen tunc solum utiles fore, cum
vetus creditor adversus debitorem suum ces-
sionis ignarum judicio expertus, nec ulla ex-
ceptione a debitore summotus litem cum eo
contestatus fuerit: quod eum pro veteris a-
ctionis jure facere posse constat: certe si ve-
teres actiones apud eum manserunt, recte
eas exercet.

Quid † tamen, si lite a vetere creditore 14
contestata, exsistat is, cui mandatæ sunt a-
ctiones et suo nomine adversus eundem de-
bitorem experiri velit vel mandatis actioni-
bus, vel utilibus? Hic satis significatur eum
audiendum non esse: cum ita dicatur credi-
torem veterem adversus debitorem agendo
inhibere actionem mandatam. At hoc quam
recte, cum dixerimus eum, cui mandatæ
sunt actiones, habere actiones utiles suo no-
mine, et earum actionum eam vim esse, ut
illis debeat veteri creditori præferri? Effici-
tur id novæ obligationis jure, non veteris.
Nam vetus creditor judicio agendo cum de-
bitore suo novam obligationem contraxit ju-
dicati. L. 3. §. *idem scribit*: *D. de pec.*
hanc nemo alius illi invito potest adimere.
L. ult. D. de pact Itaque eadem hic nova-
tio animadverti potest prioris obligationis,
quam in duobus reis stipulandi fieri initio
diximus, cum unus judicio agendo cum pro-
missore, consequitur tanquam vetere actione
sublata, ne possit jam solvi alteri, neve is
possit amplius petere. *L. ex duobus*, 16. *D.
de duo. reis.* Et certe mandatis actionibus
incipiunt fieri duo rei credendi ejusdem pe-
cuniæ: qui mandavit, dum is directas actio-
nes adhuc retinet: et cui mandatæ sunt a-
ctiones, qui utiles habet suo nomine.

AD TITU-

AD TITULUM XLIII.

COD. DE SOLUTIONIBUS ET LIBERATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Solvere quid.*
2. Solutionis *verbum omnem liberationem continere, quo sensu dictum.*
3. *Satisfactio quid, et quid distet a solutione.*
4. *Creditores cur dicantur accipi, quibus etiam sine consensu quid debetur.*
5. *Solutionis verbo contineri solum pecuniæ numerationem, non cæteras liberationes, ubi solutionis et satisfactionis verba conjunguntur, ut in edicto de pignoratitia actione: et quare, et* num. 6. in fin.
6. *Sententia* L. solutam, D. de solut. *ubi et satisfactionis, pro* satisdationis *legendum esse probatur.*
7. *Inscriptionis de solutionibus et liberationibus sententia.*
8. *Solutio quid, et cur dicta naturalis præstatio.*
9. *Etiam facti præstationem solutionem esse.*
10. *De solutionibus duas esse quæstiones, in singulis quæ spectanda: tituli argumentum et summa.*

1 SOlvere † aliquid cum dicimus, proprie intelligimus id præstare, quod solvi dicimus. Et si apertius dicendum est, soluta res seu pecunia ex significatione verbi non alia intelligitur, nisi quæ naturaliter soluta est, idest, numerata revera et præstita creditori: ut etiam ex significatione verbi id rectissime dictum sit a Marciano in *L. solutam, D. de sol.* Id declarat regula juris: *Solutione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio*: ubi *solutionis* verbum non potest accipi, nisi pro pecuniæ præstatione. Nam acceptilatione, novatione, contrario consensu, quibus modis etiam tolluntur obligationes, non omnis obligatio tollitur, sed certæ dumtaxat. Id etiam declaratur edicto de pignoratitia actione, in quo hæc verba sunt: *Si pecunia soluta erit, vel eo nomine satisfactum*: quibus verbis aperte satisfactio, id est, omnis alius modus debitoris liberandi ex voluntate et consensu creditoris, distinguitur a pecuniæ solutione, idest, præstatione, L. *si rem*, §. *omnis*, D. *de pig. act.*

2 Et † tamen definitur in L. *solutionis, D. hoc tit.* solutionis verbum omnem liberationem continere, magisque ad substantiam obligationis referri, quam ad pecuniæ præstationem. Sensus est, magis solutionis verbo contineri eos modos, quibus substantia obligationis, idest, obligatio ipsa tollitur, quam pecuniæ naturalem numerationem, vel cujuscunque alterius rei præstationem. Recte hoc quoque scriptum est; verum non ex significatione verbi, de qua supra diximus, sed ex legis sententia: ubi lex pecuniæ solutionem exigit, neque quidquam addit amplius. Ut exempli gratia edicto de re judicata, ita exigebat prætor, ut condemnatus pecuniam solveret. L. 4. *ait præt. sup. de re jud.* His verbis si proprietatem verbi sequimur, nihil aliud exigitur omnino, nisi ut debitor pecuniam numeret, in quam condemnatus est. Sed ex edicti sententia contineri intelligemus omnem liberationem: idest, intelligemus debitorem huic edicto satisfecisse, non tantum, si ipse pecuniam numeraverit, sed etiam si acceptilatione liberatus erit, aut novatione, aut alio quo modo, quo obligatio tollitur: non ex significatione verbi, inquam; sed ex sententia edicti: quia cæteræ liberationes eandem vim habeant, quam solutio pecuniæ. Effectus igitur hic spectatur, non verbi proprietas: ut solutionis verbo contineri intelligantur, non tantum, quæ vere solutiones sunt, sed etiam quæ solutionis vim habent. Et hoc est, quod alia regula dicitur, satisfactionem pro solutione esse, L. *satisfactio*, *D. de solut.*

Satisfacere † est creditorem pro eo, quod ei debetur, contentum reddere, ut sic ille discedat ab obligatione, vel acceptum ferendo, vel novando, vel paciscendo, ne petat. L. 1. *D. qui satisd. cog.* dicta L. *si rem*, §. *omnes*, *D. de pig. act.* Utrum creditori pecunia numerata sit, ut sic revera ei satisfieret; an vero voluntate ejus discessum sit ab omni obligatione, dum ei quovis alio modo satisfiat: ad voluntatem ejus et debitoris liberationem nihil interest. Ita recte dicitur, hanc satisfactionem pro solutione esse. Hoc autem pro solutione esse, valet, effectu satisfactionem solutionem esse; et quod supra diximus, omnem liberationem aliam solutionis verbo contineri. 3

Quod † in solutionis verbo consimiliter dictum est, uti in verbo *creditorum*, cum di- 4

dicimus creditores accipiendos esse omnes quibus ex quacumque caussa debetur: id est, quibus non tantum ex contractu debetur, sed etiam ex quasi contractu, aut ex maleficio. L. *creditores*, *D. de verb. sig.* Atqui scimus creditores dictos esse a credendo: tunc autem solum dici unumquemque credere, cum contrahit cum alio: quoniam tum fidem ab illo accepit, et eam fidem sequitur: ut solum proprie creditores sint, quibus ex contractu debetur. L. I. *D. si cert. pet.* Sed et hoc ita est, cum verbi significationem spectamus. Ex sententia autem legis etiam creditores dicuntur, quibus debetur ex alia caussa: quoniam et hi omnes creditorum loco habentur. Unde alibi dicuntur non creditores esse, sed creditorum loco haberi. L. *creditorum*, D. *de verb. sig.* Hoc autem ideo ex legis sententia ita dicitur: quia in quibus eadem ratio est, in his idem jus statui oportet. L. *illud*, *D. ad L. Aquil.* Porro tam iis debetur, quibus ex maleficio debetur aut ex aliis caussis, quam quibus debetur ex contractu. Hoc ipsum ergo fieri dicimus in verbo solutionis.

5 Sed † videtur Marcianus L. *solutam*, *D. de solut.* non tantum dicere solutam pecuniam intelligi, quæ numerata est; sed etiam negare, si debitor sit alio modo liberatus; pecuniam solutam videri, aut eam liberationem solutionis verbo contineri. Illic enim scriptum est in extremo, his verbis: *Si debitori accepto latum sit, solutionis quidem verbum non proficiet; sed satisfactionis sufficit.* Dicendum est recte id dici a Marciano, sed in eo loco quem interpretabatur. Observandum est enim Marcianum scripsisse ad formulam, idest, actionem hypotecariam, ut inscriptio capitis indicat. Illic interpretabatur eam partem edicti, qua cautum est, ut pignus, vel hypotheca solvatur, seu quod idem est, ut pignoratitia agi possit: pecuniam solutam esse debere, vel eo nomine satisfactum: ut constat hæc verba edicti fuisse ex L. *si rem*, §. *omnis*, *D. de pig. act.* L. *item*, *D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* His verbis, quibus distinguitur nominatim satisfactio a solutione, non est obscurum solutionis verbo cæteras omnes liberationes non contineri, sed solum pecuniæ naturalem numerationem: propterea quod cæteræ liberationes a prætore comprehensæ sunt verbo proprio satisfactionis.

6 Hoc † est igitur, quod Marcianus dicit: si debitori accepto latum sit, non liberatur is in hypotheca ex edicto, quasi solverit: quoniam revera ex verbis et sententia edicti non solvit, sed liberatur ex eodem edicto verbo satisfactionis: quia is satisfecit, cui accepto latum est. Illud animadvertendum est, corrupte legi in Pandectis Florentinis in *d.* L. *solutam* in extremo, *sed satisdationis sufficit:* satisfactionis legendum, ut et alias suo tempore legi Accursius monet. Nam verbum satisdationis non fuit in edicto de pignoribus aut de pignoratitia actione, sed verbum satisfaciendi. *d.* L. *si rem*, §. *omnis*, *D. de pig. act.* dicta L. *item*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Deinde aperte falsum est acceptilationem contineri verbo satisdationis. Acceptilatio est liberatio. Satisdatio est obligatio, qua quis quid promittit fidejussoribus datis. *L.* I *D. qui satisd. cog.* Ut ad rem redeam, cum conjunguntur ista in lege aliqua, aut edicto, solutio et satisfactio: recte dicitur solutionis verbo non contineri eas liberationes, quæ satisfactionem habent: ubi apparet tam aperte satisfactionem a solutione separari. Quod si verbum solvendi solum in lege positum erit, tenendum est, quod supra diximus, ex sententia legis *solutionis* verbo omnem liberationem contineri; id est, quocunque modo præter naturalem numerationem liberatus erit debitor, legi satisdatum esse.

Illud semper tenendum erit, ex sententia legis hoc dici, cæterum proprie *solutionis* verbo significari tantum naturalem præstationem. Ex quo sensu regula illa concepta est, ut dixi: *solutione tollitur omnis obligatio.* Sic † hoc titulo verbum *solutionis* accipiendum est. Liquet enim ex proximis titulis solutionem hic positam esse pro specie liberationis, quæ sit distincta a novationibus, et acceptilationibus. Ita inscriptionis erit hæc sententia: *De solutionibus:* idest, de rei debitæ præstationibus, et liberationibus, quæ inde nascuntur: ut solutio sit caussa, liberatio effectus solutionis, ut patet ex tot. tit. *Inst. quib. mo. tol. obl.* 7

Ex † hoc sensu sic solutio definietur: ut sit naturalis rei debitæ præstatio. Naturalis dicitur in L. *solutam*, D. *eod.* idest, *vera;* positum, ut distinguatur solutio ab acceptilatione, quæ et ipsa solutio dicitur, sed imaginaria, ubi quis dicit se accepisse, quod non accepit. §. *item per acceptilationem*, *Inst. quib. mo. tol. obl.* Præstationem dixi, non numerationem etsi numeratio nominetur in *d. L. solutam*, *D. eod.* ut complecterer omnes species rerum debitarum. Nam in obligatione aut res sunt, aut facta, ut est in §. *ult. Inst. de obl.* idest, omnis obligatio aut in eo est, ut quid detur, aut in eo, ut quid fiat, L. 2. *in pr. D. de ver. obl.* Sed sive † fiat, quod fie- 8 9

fieri debet, sive detur, quod dari oportuit, quia præstatur id quod debetur: solvitur. Nam et qui facit, quod promisit, solvit, L. *qui res* 98. §. *mihi*, *in fin. D. de sol.* certe ea præstatione liberatur, L. *inter*, *D. eod.* proinde solutione: si non aliter, quam solutione invito creditore tollitur omnis obligatio. Qui autem rem quam dare debuit, præstat, idem solvit; si præstat, ut debetur: idest, si dat, quod valet: si dominium transfert. §. *sic itaque*, *Instit. de act.* Unde toties legimus non liberari debitorem, qui ita rem prestat, ut non faciat omnimodo accipientis, quia nec solvat. L. *cum qui*, §. 1. *et* §. *qui hominem*, *D. eod.*

10 De † solutionibus duæ sunt quæstiones, quibus hic titulus continetur. Prior est, quæ sit justa solutio, qua obligatio aliqua tollatur, cum dicimus solutione omnem obligationem tolli. Altera, cum justam solutionem esse constabit, quæ obligatio ea solutione tollatur. Huic quæstioni tunc locus est, cum quis ex pluribus caussis diversas summas debet, et unum debitum solvit, ita, ut dubium relinquatur, in quam caussam solutum esse debeat. An sit justa solutio, spectatur ex his rebus: ex solvendi modo; ex solvendi fine. In personis quæritur, ut is solvat, qui potest: de quo dicetur in L. 5. *inf.* et ut ei salvatur, cui solvi potest: de quo in L. 3. *et* 4. L. *invito*, *inf.* In re est, ut solvatur ea quam oportuit: de quo in L. *manifesti inf.* In solvendi modo, ut opportuno loco, et tempore solvatur: de quo in L. *obsignatione.* Finis solvendi est, quem definitione supra complexi sumus: ut creditor consequatur præstatione, quod debetur, idest, ut si quid fieri promissum est, fiat; si quid dari debet, detur: idest, ejus rei dominium perfecte transferatur. Posterior quæstio explicatur in L. 1.

Ad L. In potestate. 1.

Imp. Antoninus A. Aristeneto.

In potestate ejus est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam caussam reddat. Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum, qui accepit. Si neuter voluntatem suam expressit: prius in usuras id, quod solvitur: deinde in sortem accepto feretur. PP. II. Non. Novemb. Duobus et Aspris Coss.

SUMMARIA.

1. *Debitore in solvendo constituente, in quam caussam solutum velit, in eam caussam, quod solvitur, solutum haberi; et hoc quam conveniat cum* L. 2. D. de sol.
2. *Liberum creditori in eam caussam non accipere, quomodo intelligendum in* L. 2. D. de sol. *et quatenus verum sit.*
3. *Debitore in certam caussam nominatim non solvente, posse creditorem constituere in re præsenti, in quam caussam acceptum ferat, etiam leviorem; et hoc rursum, quam conveniat cum* L. 2. D. de sol.
4. *Lectio* L. 1. D. de sol. *emendata.*
5. *Creditore constituente, in quam caussam solutum accipiat, posse debitorem in re gerenda obsistere, ne in eam caussam habeatur; id eum consequi non dando.*
6. *Quod ex pluribus caussis principalibus debitum simpliciter solutum est, non posse id postea creditorem constituere solutum, nisi in duriorem et graviorem debitoris caussam.*
7. *Caussa debitori gravior, quæ, et quo progressu deprehendatur.*
8. *Caussam non gravem debitori esse, ex qua debitum exigi non potest, aut nondum in hanc solutum, non imputari: et quæ sint hujus generis.*
9. *In illis verbis.* L. 1. D. de sol. aut illud, id quod; aut *pro* non *accipiendum.*
10. *In quibus caussis dilatio periculum, aut molestiam allatura est, caussam famosam esse gravissimam; proximam pœnalem; tertio ordine eam, quæ sub pignore contracta est; quarto eam, ex quo quid debetur satisdato.*
11. *Extra periculum dilationis graviorem esse caussam propriam, quam fidejussoriam: et cur.*
12. *Si superiora desint, graviorem esse caussam, quæ est antiquior; et cur.*
13. L. In liberto. 77. D. de sol. *exposita.*
14. *Ampliore summa soluta, quam quæ in unam caussam graviorem debeatur, superfluum reliquis caussis suo cuique ordine tribuendum.*
15. *In pari dierum et contractuum caussa, ex omnibus caussis pro portione solutum videri.*
16. *Cum ex pluribus caussis principalibus debetur, cur simpliciter solutum imputetur in caussam debitori onerosiorem: cum autem debentur sors et usuræ: solutum imputetur*

prius in usuras, idest, in caussam debitori leviorem.

17. *Creditorem quanvis caventem se, quid solvitur, accipere in sortem et usuras; non tamen cogi solutum acceptum ferre, nisi prius in usuras; deinde si quid superest, in sortem: et cur hoc præter ordinem verborum.*

18. *Solutum non possit prius imputari in usuras pacto tantum debitas, quando, et quatenus.*

1 CUm † debitor ex pluribus caussis debet diversas summas, et unum debitum solvit, definit Antoninus esse in potestate debitoris tempore solutionis exprimere, in quam caussam solvat: ut intelligamus in eam caussam solutum futurum, quam dixit: idem in *L.* 1. *in pr. D. eod.* Cui contraria videri potest L. 2. *D. eod.* ubi scriptum est liberum esse creditori, pecuniam, quæ ita solvitur, non accipere, si alio nomine solutum velit. Recte, ut videtur, hæc contraria dixeris, cum si liceat creditori repudiare hanc solutionem, non sit in potestate debitoris ita solvere. Et essent contraria omnino, si quod dicitur, id quod solutum est, in eam caussam solutum videri, quam initio debitor dixit, simpliciter diceretur. Sed ita intelligendum est, si creditor accipiat: tantum enim illi tribuitur hoc, ut possit non accipere in dicta L. 2. Ex quo intelligitur, si acceperit, in eam tantum caussam solutum haberi debere, quam debitor expressit. Quid, si creditor pecuniam accipiat, et protestetur se in aliam caussam accipere, quam in quam debitor solvit? nihil agit; si pecuniam retinet in *d.* L. 2. non tribuitur ei, ut possit protestari in aliam caussam, sed ut possit non accipere in eam caussam, in quam solvitur.

2 Rursum † hic dicet aliquis, isto modo falsum videri, quod dicitur in *d. L.* 2. liberum esse creditori pecuniam, quæ in certam caussam a debitore solvitur, non accipere. Nam ut intelligatur non esse creditori liberum hoc facere, potest debitor pecuniam obsignare, et ea obligatione liberabitur, L. *obsignatione, infra.* Præterea cum creditor sine justa caussa recusat accipere, moram facit: et si ea pecunia postea pereat debitori sine culpa ejus, detrimentum erit creditoris. L. *qui decem*, *in prin. D. eod.* Sed quod dicitur in *d.* L. 2. liberum esse creditori pecuniam non accipere, si alio nomine exsolutum velit, ex quæstione proposita intelligendum est: nempe hactenus, ut ea pecunia intelligatur non esse soluta, quam creditor non accepit. Et revera soluta non est. Sed hoc non facit, quin creditor non jure eam pecuniam recuset. Quamobrem et pecunia illi obsignari potest, et quanvis non sit obsignata; tamen moram facit et periculo ejus pecuniæ alligatur. Interim si neque ea pecunia perierit, neque obsignata erit: semper verum est, eam non esse solutam, quam ipse non accepit. Et semper hoc modo in ejus potestate est non accipere. Subjicit Antoninus: *Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum, qui accepit.* Id est si debitor initio non dixerit, in quam caussam solutum vellet: convertitur electio ad creditorem, qui accepit; ut sit in ejus potestate, tum cum pecunia solvitur, constituere, in quam caussam acceptam ferat: et in eam caussam pro soluta habebitur.

Et diligenter † verba hujus loci expendenda sunt: dicitur enim electio hoc casu esse creditoris: quo verbo aperte significatur licere creditori constituere pro suo arbitratu, in quam caussam pecuniam acceptam velit, etiam leviorem, ac non tantum graviorem, idest, etiam in eam caussam, quæ sit illi commodior, etsi levior sit debitori. Nam si cogeretur constituere tantum in graviorem caussam, nulla hic ejus electio esset. Nihil enim tam pugnat cum electione, quam necessitas alicujus caussæ suscipiendæ. Sed et contrarium scriptum videtur in *d.* L. 1. *vers. quoties*, D. *eod.* Verba hæc sunt: *quoties vero non dicimus, id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus.* Quæ verba significant, dummodo constituat in graviorem et duriorem caussam, ut et explicatur in L. 3. D. *eod.* Male vero vulgo hæc Ulpiani verba accepta sunt de eo creditore, qui in re præsenti, idest, tempore solutionis, diceret, in quam caussam acceptum ferret, quod solvitur. Loquitur Ulpianus de eo, qui post perfectam solutionem id constituit. Quod colligitur aperte et ex verbis superioribus, et ex verbis postremis ejus L. 1. Sed omnium evidentissime ex L. 3. quæ est ejusdem auctoris Ulpiani, *eod. titul. D. de solution.* Ex verbis superioribus ideo, quod Ulpianus non dicit: *quoties vero debitor non dicit;* sed, *quoties vero non dicimus*: quod valet: quoties ambo, idest, debitor et ego creditor, non dicimus. Sed et in extremis verbis dictæ L. 1. Ulpianus nominatim et distincte de eo creditore loquitur, qui in re præsenti constituit, quid velit. Ex quo intelligitur Ulpianum de eo prius locutum non 3

esse

esse. Alioquin stulta et inepta esset inculcatio; præsertim ejus rei, quam prius diligentissime exposuisset. Sed omnem dubitationem tollit *d.* L. 3. *eod.* Ibi enim subjicit Ulpianus: post perfectam solutionem non permitti creditori constituere, in quam caussam acceptum ferat, nisi in graviorem, et duriorem. Quo aperte declaratur ante ei licere, in quam velit caussam, etiam leviorem con-
4 stituere, dum in re presenti id faciat. Et † obiter hoc loco animadvertenda est lectio *d.* L. 1. *in fin.* quæ manifeste vitiosa est. In Pand. Florentinis, et fere in omnibus aliis exemplaribus ita legitur: *permittitur ergo creditori constituere, in quod velit solutum; dummodo sic constituat, ut in re sua constitueret*; hactenus recte; aliud vitiose, quod sequitur: subjicitur enim continenter: *sed constituere in re præsenti, hoc est, statim, atque solutum est*, neque quidquam additur præterea. Sed verbum deesse perspicuum est. Itaque veteres quidam addiderunt, *debet*; non recte. Nam creditor constituere potest, in quam caussam acceptum ferat; sed potest, si velit: non cogitur. Non est difficile intelligere, pro illis verbis, hoc legendum esse, *potest*, aspiratione in *p* mutata, et *c* in *t* quarum literarum tantam affinitatem esse constat, ut sæpius quam frequenter aliæ in alias mutentur. Verbo autem, *potest*, restituto optime constat sententia. Summa hæc erit: *ubi debitor in re præsenti non dixit in quam caussam solveret, est in arbitrio creditoris in re præsenti constituere, in quam caussam acceptam ferat, etiam leviorem.*

5 Quod † tamen rursum sic accipiendum est ex *L.* 2. *D. eod.* si debitor aut non contradicat, aut contradicens pecuniam apud creditorem manere patiatur. Cæterum si alio nomine pecuniam ei solutam velit, est in ejus potestate id consequi; sed pecuniam non dando, non præstando.

Ait deinde Antoninus: *Si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id, quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur.* His verbis multa desunt ad quæstionem propositam. Quid enim, si de pluribus diversis contractibus agatur? denique si de pluribus summis principalibus; de quibus propositio hujus rescripti concepta est? Deinde etiam hæc sententia de usuris notissimis locis de hac imputatione scriptis adversari videtur. Nam in *L.* 3. *et L.* 5. D. *eod.* constanter definitur, creditorem post perfectam solutionem non posse id quod solvitur, acceptum ferre, nisi in graviorem caussam: quod contra fit, si pecuniam solutam acceptam ferat prius si usuras, deinde in sortem. Nam aperte gravius est debitori debitum sortis, quam usurarum, de quo postea. Quare ut hic locus petat, de re tota semel dicendum videtur: quæ ita partes inter se conjunctas habet, ut una sine altera intelligi non possit. Ergo cum neuter ex reis voluntatem expressit (intellige tempore solutionis, quæ verba initio posita, ad reliquas partes distinctionis propositæ referenda sunt.) cum ergo neuter ex reis voluntatem expressit tempore solutionis, et quæritur, in quam caussam id, quod ex multis debitis solutum est, acceptum ferre possit creditor: multum refert, utrum de pluribus summis principalibus agatur, an vero de sorte et usuris. Si † 6
de pluribus summis principalibus, sive de pluribus sortibus: hæc definitio certi juris tenenda est, non posse creditorem postea constituere, in quam summam acceptum ferat, quod solutum est, nisi in duriorem et graviorem. *d. L.* 3. *et L.* 5. D. *eod.* Graviorem intelligere debemus, quæ debitori gravior est, idest, quæ magis eum onerat, ac proinde qua verisimile est eum ante omnia se exoneratum fuisse, ut aperte colligitur ex *L. illic quoque debito*, D. *eodem*.

Hinc † quæsitum, quænam esset caussa 7
debitori gravior. In quo hic rectus est et naturalis progressus, ut ante omnia constituamus caussam aliquam, quæ sit gravis; sic deinde gravi inventa quæramus, inter plures graves quæ sit gravior: et, ut quæque erit gravissima, ita primo loco amoveatur debitori: quem et progressum reperiemus veteres reipsa servasse magis, quam verbis expressisse. Illud ergo primum in hac re, ut constituamus in his caussis pluribus quænam sit gravis caussa, quæ non gravis:
Et † recte definiemus eam debitori caussam 8
et obligationem gravem esse, ex qua cogi potest ad solvendum, quod debet: illam autem non gravem, ex qua quod debetur, exigi non potest. Propemodum enim pro non
debito est, quod dare nisi velis, cogi non 9
possis. *L. sub hac de obl. et act.* Hinc nata illa definitio Juliani, quæ ex hoc progressu primum locum obtinet: cum ex pluribus caussis debitor pecuniam solvit, ex ea caussa eum solvisse videri debere, ex qua tunc, cum solvebat, compelli poterat ad solvendum. *L. cum ex pluribus*, *D. eod.* nempe quia hæc sola gravis debitori, quam nunc quærimus; cæteræ autem non graves. Caussæ, ex quibus debitor cogi ad solvendum non potest, sunt tres: obligatio naturalis, obligatio civilis tu-

sed in diem aut sub conditione obligatio civilis puta, sed quæ sit in controversia. Ex obligatione naturali in totum nulla petitio est, eoque nulla necessitas præstandi. *L. naturales, D. de obl. et act.* Quod in diem, aut sub conditione debetur, interim peti non potest. L. *cedere*, D. *de verb. sig.* Sed et quod controversum est, non prius constat ex eo petitionem esse quam reus eo nomine judicio victus et condemnatus fuerit. Hinc totidem caussæ superiore definitione exclusæ, ne in has solutum acceptum feratur: quod et de singulis alibi nominatim traditum legimus a veteribus. Et si quid naturaliter debetur, ut usuræ, pacto, exstat etiam de his constitutio Antonini, ne quod solutum est, in eam caussam acceptum feratur: ut quanvis usuræ ex pacti conventione nominatim solutæ retineri a creditore possint; tamen proprio titulo non numeratæ, pro solutis ex arbitrio percipientis non habeantur: idest, quod simpliciter solutum est, non possit retineri a creditore in eas usuras, tanquam in eas pro æstimatione percipientis solutione esset: exstat in *L.* 5. §. *Imper. in fin. D. eod.* Similiter et si quid in diem, aut sub conditione debetur, diserte scribit Ulpianus in L. 3. *eod.* id videri solutum, cujus dies venit. At enim ex eodem Ulpiano prius scriptum legimus in L. 1. *D. eod.* in hæc verba: *creditorem in id constituere posse solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus*; id est in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, in quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat: quod sane aperte contrarium est, si prius illud, *aut*, pro, *vel*, accipimus. Erit enim hæc sententia, creditorem id, quod solvitur, constituere posse solutum in id debitum, quod non est in controversia, vel in illud, in quod pro alio fidejusserat, vel in id cujus dies nondum venerat, quorum posterius Ulpianus idem diserte negat in dicta L. 3. prius autem diserte Pomponius in *L.* 4. *eod.*

9 Et † vero ex ea definitione, quam supra posuimus, prior illa sententia aperte falsa est: ut dubitandum non sit, quin aut superior locus L. 1. mendosus sit, et pro priore particula, *aut*, legendum sit *haud*, quod valet, *non*; aut eadem particula retenta interpretandum *aut* pro *non*. Prius alicubi se legisse significat Accursius in glossa ad eam particulam, cum in extremo ita scribit: *vel dic, haud* pro *non*, Idem et se legisse in uno vetere exemplari testatur Russardus. Sed et posteriore et vulgari scriptura retenta; tamen nihil prohibet, quominus hoc idem, *aut*, pro *haud*, idest, *non* positum accipiamus. Non enim novum est in Pandectis Florentinis omitti aspirationem, ubi ex usu communi addi solet: ut in L. *illud*, *circa fin. D. de per. et com. rei ven.* legitur *occasu*, pro *hoc casu*: et *in* L. 5. §. *ult.* D. *de res. vend.* legitur *omo pereat*, pro *homo pereat*: item in L. 4. *in fi. princip.* D. *de in diem, add.* anc speciem, pro *hanc speciem*. Et quod ad literam, *t*, postremam attinet, ne ea nos moretur: nam plerique non infimæ notæ Grammatici auctores sunt *haud* pro *non* scribendum per *t*, non per *d*, ut sit *haut*, non *haud*. Quod cum ita fit, postquam accedit certi juris ratio ex aliis locis cognita, quæ sententiam negativam exigat: non hærebimus in hac re, quin alterutro modo ex his locum aut emendemus, aut interpretemur. In eadem caussa cum superioribus est ea, quæ est in controversia, ut ante ostendi. In quam idcirco ex superiore interpretatione L. 1. placet creditorem solutum acceptum ferre non posse.

Hoc intellecto, quæ sit gravis debitori caussa, in quam primo loco solutum constitui oporteat: proximum est, ut si quæ plures hujus generis occurrent, ex quibus debitor diversas summas debeat: quæratur, quæ sit ex duabus gravior; ex multis, quæ gravissima, quo hæc pro commodo creditoris primo loco subducatur. In quo animadverto tres a veteribus observatos esse summos et principales gradus, et in his servatum hunc ordinem, ut a gravissimis caussis progressus fieret ad minus graves.

Primus † ergo gradus est in eo, si qua sit caussa ejusmodi, in qua dilatio damnum aliquod, aut periculum adferat vel famæ, vel pecuniæ, vel molestiæ a pluribus creditoribus subeundæ. Periculum famæ versatur in iis actionibus, ex quibus damnatus ex edicto fit infamis, ut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, pro socio, tutelæ, mandati, depositi, L. 1. *D. de his, qui not. inf.* Periculum pecuniæ est in iis, quæ si quid non præstetur, aut pœnam, vel pecuniæ usuram continent, aut inficiatione crescunt, aut hypothecam adjunctam habent: ubi scilicet pecunia non soluta debitor pignoris distractionem patitur, in qua sæpe magnum debitoris damnum est. Atque hoc ex genere maxime est actio judicati, ex qua bona debitoris capiuntur pignori, et distrahuntur, unde judicatis satisfiat. Accedunt etiam usuræ centesimæ, quibus ex caussa judicati subjicitur condemnatus Justiniani constitutione. L. *ult. C. de usur. rei jud.* 10

Periculum molestiæ a pluribus creditoribus imminet, cum debitor aliquid debet satisdato, idest, fidejussoribus datis. L. 1. *D. qui sat. cog.* Hic enim habet duorum generum creditores: creditorem principalem, et fidejussores, qui non desinent debitori molesti esse, donec solvat. Placet igitur, ut quæque harum caussarum primo occurrerit, ita in eam caussam accepto ferendum, quod solutum est. Et quoniam in his periculis alia aliis sunt graviora, ideo etiam in hoc genere hic ordo servatus est a veteribus, ut primo loco potior habeatur ea caussa, quæ famosa est, ut in qua de æstimatione agatur, re omnium gravissima, L. *cum ex pluribus.* 97. *L. quis.* 7. D. *eod.* Secundo loco ea, quæ pœnam continet: qualis est, quæ habet stipulationem pœnæ, aut usurarum adjunctam; qualis, quæ crescit per inficiationem; qualis obligatio et actio judicati. *d. L. cum ex pluribus*, 97. L. 4. L. 7. *D. eod.* Tertio ea caussa, quæ sub hypotheca, vel pignore contracta est, propter periculum distractionis pignorum, *d.* L. *cum ex pluribus,* 97. Postremo ea ex qua quid debetur satisdato *d. L.* 4. *eod.*

11 Si † in caussis, ex quibus debitor ad solvendum compelli potest, nullum tale periculum metuitur ex dilatione, quale ante diximus: proximus gravitatis gradus est in eo, si qua sit caussa propria debitoris, non aliena: seu si quid is suo, non pro alio fidejussorio nomine debeat. Ideo et post superiorem ordinem placet potiorem haberi caussam propriam, quam fidejussoriam, dicta L. *cum ex pluribus* 97. L. 4. *eod.* Quæ sententia apud veteres justam dubitationem habere potuit: cum jure vetere tam tenetur quivis ex caussa fidejussoria, quam ex sua: nam eo jure potestas fuit creditori relicto reo eligendi fidejussores. L. 5. *sup. de fid.* Unde et Papinianus in *d.* L. *cum ex pluribus.* 97. hujus sententiæ rationem reddere studuit præter cæteras; et ait id veteres ideo definiisse, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gessurum fuisse. Ratio sumpta ex more et ingenio hominum; qui quia se sibi proximos ducunt, ideo non tantum ad utilitatem, sed etiam officium suum pertinere putant, sua potius curare, quam aliena: ex quo et illud tritum sermone proverbium apud Terentium in Andria: *Proximus sum egomet mihi.* Sed hodie res expedita est, neque omnino superiore ratione indiget. Nam hodie beneficio Justiniani fidejussor propemodum in diem debet, vel potius sub conditione, si debitor principalis abiit, aut præsens non sit solvendo, *auth. præsente*, *sup. de fid.*

Si † nihil eorum interveniet, sed omnia nomina erunt et in commodo, et proprietate similia: etiam hic tertius gravitatis gradus admissus est a veteribus, ut ex omnibus habeatur caussa gravior, quæ antiquior. Ideo placet, cum cætera concurrent, quod indistincte solvitur, in antiquiorem et vetustiorem caussam solutum videri, *d. L. cum ex plurib.* 97. L. 5. *in pr. L. ubi.* 24. *L. creditor.* 92. §. *Valerius*, *D. eod.* Quod tamen prima fronte videtur a veteribus contra statui debuisse. Nam quo quæque caussa recentior est, eo est et debitori gravior: ut quæ longius distans a præscriptione longi temporis tollatur difficilius, eoque et magis debitorem oneret. Illa contra levior debitori, quæ est antiquior propter hanc ipsam præscriptionem temporis, a qua quo minus distat obligatio, eo proprior est liberationi, eoque et minus debitorem onerat. Et ita res habet, si utilitatem spectamus debitoris, levior illa caussa est, quæ est antiquior: in qua non solvenda citius perveniat ad longi temporis præscriptionem. Sed hanc exspectare, atque ideo non solvere non est honestum. Turpe est diu debere aliquid: et in eo frustratorem videri. Turpius exceptionem temporis quærere, ut creditorem fraudes. Inde quæsitum interdum, quis sit antiquior contractus. 12

Ut † in liberto de contractu operarum dubitatum indicat definitio ad id explicandum comparata in L. *in liberto.* 77. D. *eod.* Finge libertum debere patrono operas: eundem post manumissionem pleraque contraxisse cum patrono, aut ex aliis caussis ei debere cœpisse ita, ut extra caussam temporis nulla ex his caussis alia esset gravior: deinde summam aliquam patrono solvere sine designatione ejus summæ, in quam solutum vellet. Quia hoc casu dicimus id, quod solvitur, in antiquiorem caussam cedere: quæsitum est, an operarum contractus cæteris esset antiquior, an cæteri hoc contractu. Quid enim, si proponas libertum ante cæteros contractus nihil operarum nomine debuisse patrono, sed tantum postea debere cœpisse, quia cum postea operæ indictæ essent, eas non præstitisset? Et res definita est in dicta L. *in liberto*, *eod.* his verbis, „ *in liberto antiquior contractus operarum esse non potest*, *sine quo libertas ei data non esset.* Si hæc ratio addita non esset, intelligeremus ex verbis prius hoc dici, in liberto contractum operarum non posse esse antiquiorem cæteris, quos liber- 13

libertus cum patrono constitutos habet; et ideo cæteros esse antiquiores. Nunc hæc ratio ostendit contrariam sententiam accipi debere: esse autem hanc: contractum nullum antiquiorem esse non posse operarum contractu, ut hic verbum *contractu* repetamus ex proximo, significeturque cum nullus alius contractus liberti possit esse antiquior, restare, ut sit antiquior cæteris contractus operarum. Id autem dici sic ratio subjecta efficit: quod cum dicitur, sine contractu operarum futurum fuisse, ut nec libertas data esset: significatur hunc contractum jam a principio libertatis datæ cum patrono esse interpositum, quod et verum est: non enim debentur operæ patrono, nisi tempore manumissionis impositæ. L. 1. *sup. de oper. lib.* L. *ult.* D. *de statul.* Quod si ita est, perspicuum est hoc colligi, quicumque contractus post hanc manumissionem secuti sunt, esse posteriores operarum contractu: eoque et hunc contractum cæteris esse antiquiorem. Hoc et Accursius recte intelligens eodem modo locum accepit: nisi quod ante verbum *operarum* putat subaudiendum, *quam*, quasi ita scriptum esset; *in liberto antiquior contractus, quam operarum esse non potest.* Hoc quidem ad contextum orationis parum tolerabile, cum nusquam prius sit hoc, *quam*, unde in reliqua oratione id repetatur, sed tamen ad sententiam idem efficit.

14 Sunt † ergo hæ caussæ ordine, in quas quod solutum est, ante alias acceptum ferri debeat. Quod tunc nullam dubitationem habet, cum nihil amplius solutum est, quam quod in unam aliquam queat imputari. Quid fiet, si major pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit? quod amplius est, reliquis caussis suo cuique ordine tribuetur: quod his verbis expressit Papinianus in *d.* L. *cum ex plurib.* 97. D. *eod.* nihilominus *primo contractu*, inquit, *soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum.*

15 Quod † si par dierum, et contractuum caussa sit: dierum, ut nulla caussa alia aliis sit antiquior; contractuum, ut alii aliis non sint debitori onerosiores: hic Pomponii recepta definitio est, *ex omnibus summis pro portione videri solutum*, L. *illud*, 8. D. *eod.* Recte, *ex omnibus*, non ex una aliqua præter cæteras, cum omnes caussæ pares sint. Recte, *pro portione*, non æqualiter: ut in paribus caussis tantum uni tribuatur, quantum alii proportione, quod proportio arithmetica exigit.

Hæc † dicta sunt de pluribus summis principalibus ex quibus itidem diversæ summæ debentur. In quibus de solutione unius summæ hoc placere in summa animadvertimus; quod sine demonstratione debitoris creditorisve initio solutum est, in graviorem debitori caussam solutum videri: proinde in eam, quam tolli debitori expediat. Diversa caussa est, ut proposui, cum agitur de sorte et usuris, ex quibus sortis obligatio principalis est: usurarum accessoria. Hic si quid solutum sit, quod ad utramque caussam non sufficiat, neutro voluntatem suam exprimente: servatur id, quod scriptum est in hac L. 1. ut prius in usuras id quod solvitur: deinde in sortem accepto feratur. Ergo in eam caussam, in quam acceptio ferri creditori expedit, non debitori. Est enim, ut initio dixi, creditori utilius ante acceptum ferri in usuras, quam in sortem: contra debitori prius acceptum ferri in sortem, quam in usuras. Nam sublata obligatione usurarum præteritarum, nihilominus manet sortis obligatio integra creditori, et simul obligatio futurarum usurarum: cum si sors prius solvatur, una cum sorte etiam tollatur obligatio usurarum accessoria L. *eos*, *in prin. sup. de usur.* quod creditori incommodum est; utile debitori. Cur ergo non hic quoque sequimur id: quod debitori utilius commodiusque est: uti et in pluribus caussis principalibus? Quia in principalibus id fieri licet sine creditoris damno et injuria: in sorte et usuris non licet. Nam cum in principalibus caussis, quod solvitur, acceptum fertur in caussam debitori graviorem pro commodo ejus, quamcunque eam caussam esse placet, semper ea una obligatio creditori tollitur; cæteræ ut æque principales integræ ei manent. Est æquissimum, quod debitori prodest, et creditori non nocet, id debitori tribui, quod nec extraneo cuivis in rebus aliis denegaretur. L. 2. §. *quamquam*, D. *de aq. plu. arc.* Et hactenus verum est, quod Ulpianus ait in hac specie in L. 1. *D.* eod. *æquissimum visum esse creditorem ita rem agere debitoris, ut suam ageret*: nempe in his caussis principalibus, in quibus id constituit solutum, quod debitori expedit: quia nihil propterea ea in cæteris caussis decedit. Id contra fit in sorte et usuris, si creditor solutum cogatur prius acceptum ferre in sortem. Sic enim eveniet, quod jam dixi, ut una cum sorte soluta tollatur etiam obligatio usurarum, quæ tanquam accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc vero non sine damno et injuria creditoris: ideo recte placuit non esse admittendum.

Quod

Quod dicitur, in proposito id quod solvitur, prius in usuras accepto ferri, sic accipiendum est: si creditor ita constituat. Potest enim in usuras acceptum ferre, si velit: potest et si velit, in sortem. Sed hoc posterius facere non cogitur. Totum enim hoc pro commodo ejus constitutum est. 17 Quid † tamen, si creditor dum pecuniam accipiat, ita caverit debitori, ut diceret se in sortem et usuras accipere. An prius in sortem acceptum ferre debebit, deinde quod superest in usuras, ut est ordo verborum superioris cautionis; an quia conjunctim dictum est, in sortem et usuras, debet quod solutum est, simul sortis et usuris decedere pro rata? Nam superior ratio utramque interpretationem recipit. Et placuit neutrum admittendum, sed jus superius in hac quoque cautione servandum, ut solutum prius acceptum feratur in usuras; tum deinde si quid superfuit, in sortem cedat, hoc in *L.* 5. §. *ult. D. eod.* At enim in re dubia a verbis cautionis discedendum non est. L. *non aliter*, *D. de legat.* 3. L. 1. §. *licet*, vers. *in re igitur dubia*, D. *de exerc. act.* Quid autem aliud significatur superioribus verbis, quam alterutrum eorum, quæ dixi? Immo illis verbis intelligi potest et istud tertium, ut quod solutum est, imputetur prius in usuras, tum si quid superest, in sortem. Nam et cum summa accipitur isto ordine, semper verum est accipi in sortem et usuras; etsi verborum ordine ista convertuntur. Esto, contineatur superioribus verbis et hoc tertium. At certe semper constabit contineri etiam superiora. Cur ergo hoc tertium potius sumitur? Et hujus objectionis occupandæ caussa ratio redditur in L. 5. §. *ult. et L.* 6. *seq.* D. eod. *Nec enim*, inquit Paulus, *ordo scripturæ spectatur; sed potius ex jure sumitur id, quod agi videtur.* Recte Paulus: significat enim, ut sunt superiores sententiæ, quas cautio proposita recipit, cautionem esse ambiguam. In ambigua oratione ex perpetuis præceptis juris sequendum esse id, quod actum est. *L. ubi*, *D. de reb. dub. L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. jur.* Id quod si in hac cautione quæritur, recte id sumi ex constituto jure. Verisimile est enim contrahentes id, quod agunt, attemperare velle ad id, quod in more est, et jure publico, et id sequi: nisi quid appareat aliter eos sibi cavisse.

Usuras † hic quas accipere debeamus, videndum est. 18 Nam quædam per stipulationem civiliter deberi possunt: quædam pacto tantum naturaliter. De iis quæ debentur civiliter, quas easdem debitor cogitur exsolvere, nulla dubitatio, quin aut ad nullas, aut ad eas superior constitutio maxime pertineat. Sed an pertineat etiam ad indebitas, quæ pacto naturaliter tantum debentur, ut possit creditor, quod solutum est, etiam in eas solutum pro arbitrio constituere: id vero est, quod in hac parte dubitationem recipit. Nam et hæ usuræ sunt, eædemque creditori debitæ. Rursum jure civili ita indebitæ, ut ab invito exigi non possint. Et quod alia constitutione effectum est, placuit ad eas usuras constitutionem superiorem non pertinere, nec licere creditori in eas quidquam retinere, quod non aperte in eas datum solutumve sit. *d. L.* 5. §. *pen.* illic *quod generaliter*, *eod.* Plane si in eas quoque pignus datum erit, quemadmodum per retentionem pignoris usuræ servari possunt: *L. per retentionem*, L. *pignorib. supr. de usur.* ita pignore distracto multo magis licere debet creditori pretium acceptum referre in eandem quantitatem, etsi natura tantum debeatur. *L. Paulus*, 101. D. *eod.*

Nam quod manentibus adhuc pignoribus tribuitur creditori ad pecuniam debitam servandam: multo magis pignoribus pro commodo ejus distractis illi tribui debet in ea pecunia, quæ inde redacta est. Quod tamen sic servari placuit, si usuræ debeantur solum naturaliter, ut pacto. Quod si quædam earum ex stipulatione, quædam ex pacto naturaliter debeantur: constitutum hic est, cum creditor pignore distracto pecuniam redigit, non posse eum, quod solvitur, in usuras, idest, quod sic accipit, ut imputet in usuras: non posse, inquam, eum id retinere pro arbitrio in eas usuras, quæ naturaliter debeantur, sed ad utramque caussam usurarum, tam civiliter quam naturaliter debitarum pertinere: et quidem æqualiter, etsi summa utrarumque non si eadem: *d. L.* 5. §. *penult.* D. *eod.* ut si proponas usuras civiliter debitas esse ad quinquaginta, natura tantum debitas esse ad viginti, et viginti a debitore soluta, detrahentur de singulis usuris decem ex æquo, non autem pro rata cujusque usuræ portione, *d. L.* 5. §. *penult.*

Ad L.

Ad L. Liberari. 2.

Imp. Alexander. A. Bassæ.

Liberari fidejussores, quoties fiscus tam debitori, quam creditori (licet diversis stationibus) succedit, jus certum est. Quod et in tua persona procuratores mei custodient. PP. Kal. Jul. Lupo et Maximo Coss.

SUMMARIA.

1. *Confusione liberari fidejussores, etiam cum fiscus debitori simul et creditori succedit, licet non una, sed diversis rationibus.*
2. *Una ratione aut diversis fiscum succedere debitori et creditori, quid sit.*
3. *Utro modo ex his fiscus succedat, fidejussores liberari: et cur.*
4. Diversis rationibus *hic legendum, ut vulgo, non* diversis stationibus: *et cur hoc posterius convenire non possit.*
5. *De confusione cur sub titulo de solutionibus.*

1 Quoties † creditor debitori suo succedit, vel contra, toties confusione tollitur obligatio. *L. debitori, supr. de pact.* Obligatione sublata hoc evenit, ut et fidejussores liberentur. L. *in omnib. speciebus, D. eod.* Hoc jus in privatis certum est. Idem in persona fisci, qui debitori simul et creditori successerit, servandum esse hoc rescripto declaratur. Sed additur, quod nonnullam difficultatem habet: nempe evenire hic quoque, ut fisci fidejussores liberentur, licet debitori et creditori successerit fiscus, non una ratione, sed diversa. His verbis quid significetur, ambigitur.

2 Et † dicitur fiscus succedere ambobus una ratione, cum succedit ex una caussa ambobus. Diversis autem rationibus tunc, cum ambobus succedit ex diversis caussis, ut hic *ratio* significet *caussam.* Utrumque autem contingit hoc modo. Fiscus ambobus succedit una ratione, cum creditor privatus prius heres institutus a debitore suo, ei heres exstitit; vel tanquam proximus agnatus intestato successit: ac deinde creditore damnato ex publico crimine, bona ejus ea damnatione ad fiscum pervenerunt. Hoc modo primum fiscus creditori damnato succedere intelligitur. His enim fiscus successor est, quorum ille bona occupat. *L. cum tabulis, in fin.* D. *de his quib. ut ind.* L. 2. *infr. ad L. Jul. de vi.* Post deinde idem fiscus per hunc creditorem heres fit etiam debitori, cui creditor prius heres exstiterat. *L.* 3. D. *de pet. her.* L. *ult. sup. de her. inst.* Sic autem dicitur fiscus succedere utrique una tantum ratione, quia succedit ex una tantum caussa, nempe ex uno delicto creditoris. Contra fiscus utrique succedit diversis rationibus, cum primum damnato debitore fiscus ejus bona ex ea damnatione occupat, deinde etiam damnatur creditor ex alio crimine: sic enim fit, ut ambobus succedat separatim, et ex diversis caussis, idest, diversis criminibus, et diversis damnationibus.

Ergo † cum fiscus priore modo succedit utrique et creditori et debitori ex solius creditoris damnatione, pro confesso hic sumitur fidejussores liberatos fisco non teneri. Et recte: nam vivo adhuc creditore suo liberati erant, cum is debitori successisset. Semel liberati non revocantur amplius in obligationem: in perpetuum enim exstincta obligatio non resuscitatur, *L. qui res, D. eod.* Huc accedit, quod fiscus creditoris successor est. Quoties autem fiscus privato succedit, toties jure privati utitur pro anterioribus suæ successionis debitis et creditis. L. *fiscus.* 6. *D. de jur. fisci.* At cum fiscus succedit utrique diversis rationibus: puta debitori damnato primum, post deinde et creditori ex alio crimine: justa dubitatio est, num fidejussores liberentur. Et vero non liberari quis dixerit. Cum enim primum fiscus succedit debitori, manet adhuc obligatio principalis, qua tenetur fiscus creditori, cui ob id et fidejussores adhuc obligantur. L. *supr. de fidejus.* Ita cum postea idem fiscus creditori huic succedit, nempe ei succedit, cui fidejussores adhuc tenebantur: ut consentaneum videri possit, fiscum, qui in ejus locum succedit, eodem jure uti posse adversus fidejussores. Huc accedit privilegium, et favor fisci, de quo tot. *Tit. sup. de privileg. fisc. et d.* L. 6. *D. de jur. fisc.* Et ad minuendam hanc dubitationem hoc rescriptum relatum est: quo declaratur etiam hoc casu, cum fiscus succedit creditori, cui fidejussores tenebantur,

tur, nihilominus fidejussores liberari, si prius idem fiscus debitori successisset, quanvis separatim et diversa ratione. Hoc ideo, quia hic quoque confunditur obligatio non minus, quam priore casu. Nihil ad rem pertinet privilegium, et favor fisci. Utrumque enim in fisco servatur, quoad potest. Nunc autem natura non patitur, ut idem creditor sit et debitor. Eademque natura efficit, ut principali obligatione sublata, non sit accessionibus locus L. *cum principalis*, D. *de regul. Juris.* L. *in omnibus specieb.* D. *de sol.* Fidejussores porro accessio sunt principalis obligationis. §. *fidejussores*, *Inst. de fidejus.*

4 Accursius † legit, *diversis stationibus* quam lectionem etiam quidam retinendam putant, interpretanturque *stationes*, officinas, seu tabernas et mensas varias fisci: ut sit sensus, aliquem accepisse pecuniam ex una taberna a fisco, eumdem in alia taberna pecuniam fisco credidisse, et ita eumdem esse debitorem et creditorem fisci ex diversis stationibus, idest, officinis et tabernis. Quod nullo modo huic loco convenire potest. Primum sententiæ orationis adversatur. Hæc enim oratio, *licet diversis sive stationibus, sive rationibus*, quocunque modo ex his legimus, adversativa est: posita augendæ dubitationis caussa, quam tamen removet. At si legitimus, *diversis stationibus*, ut efficiatur ea sententia, quam dixi: nullam habet ea ratio probabilem caussam dubitationis, cur fidejussores tunc non liberentur, cum fiscus idem creditori et debitori suo succedit, sitque idem debitor et creditor. Immo vero tantum abest, ut faciat ad augendam dubitationem, ut magis dubitationem tollat. Nam hoc modo bis confunditur obligatio in persona fisci. Tum autem verbis convenire non potest ullo modo. Ex hac enim interpretatione fingitur fiscus esse debitor primus, et creditor. Nunc autem hic agitur de fisco, qui tam debitori, quam creditori successit. Deinde ex hac interpretatione verba hæc, *licet diversis stationibus*, necesse erit referri ad verba, *debitoris, et creditoris*, ut intelligamus eum, qui sit debitor et creditor ex diversis stationibus, quod contextus non patitur: in quo illa adjectio non potest referri, nisi ad verbum, *succedit*, quod solum est in universa facti propositione. Est enim adjectio motum ejusque progressum a caussis obligationis indicans. Motus autem tantum cadit in nomen, quod neque actionem, neque passionem significat. Unde necesse erit hunc sensum esse: ut dicatur fiscus succedere debitori, et creditori ex diversis officinis, quod apparet non tantum falso, sed etiam ineptissime dici. Ut enim debitor ex una officina debere cœperit, creditor ex alia officina crediderit fisco; non potest tamen fiscus his succedens dici succedere ex his officinis: succedit enim ex crimine et damnatione, non ex loco, aut caussis contractuum præcedentium. Non † o- 5
mnino autem abs re est, quod hic locus de confusione in hunc titulum relatus est. Nam confusio interdum pro solutione est, L. *Stichum*, §. *additio*, *D. eod.*

Ad L. Si cum. 3.

Imp. Gordianus A. Apollonio.

Si cum servus liberam peculii administrationem haberet, mutuam ab eo accepisti pecuniam, ejusque ante ademptum peculium, vel priusquam ademptum cognosceres, eam exsolvisti: ea solutione liberatus es. PP. S. Kal. Octob. Pio et Pontiano Coss.

Ad L. Nihil. 4.

Idem A. Rufinæ.

Nihil interest, utrum creditori mutuam pecuniam solveris, an ex ejus voluntate servo numeraveris. Nec enim ex eo quod creditor concessit in fatum prius quam instrumenta redderet, evacuatæ obligationis vires reparari queunt. PP. II. Id. Octob. Pio et Pontiano Coss.

Ad L. Cum maritum 11.

Iidem AA. et CC. Capitolinæ.

Cum maritum tuum a debitoribus tuis minoris vigintiquinque annis constitutæ, velut ex caussa tibi debiti aliquas accepisse quantitates, nec tamen te consensum accommodasse significes: nullum tibi præjudicium potuit fieri, nisi factam solutionem post majorem ætatem ratam feceris. S. V. Kal. Maii, Heracliæ. AA. Coss.

Ad L. invito. 12.

Iidem AA. et CC. Eutychio.

Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, se non liberat obligatione. Quod si hoc vel mandante, vel ratum habente eo fecerit: non minus liberationem consequitur, quam si eidem creditori solvisset. S. III. Idus Maii. AA. et CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Creditori majori et sanæ mentis recte solvi.*
2. *Alii, quam creditori recte solvi voluntate creditoris.*
3. *Voluntate creditoris solvi, sive mandet, sive ratum habeat.*
4. *Procuratori recte solvi.*
5. *Servo, qui peculium habet, recte solvi; quando.*
6. *Mandato revocato non recte solvi procuratori: et peculio adempto non recte solvi servo, si debitor hæc facta sciat: diversum, si ignoret.*
7. *Minoribus quomodo recte solvatur.*

1 HIS rescriptis quatuor † exponitur ille
locus, cui recte solvatur ad liberationem debitoris. De eo ita statuendum. Alia
in eo caussa est creditoris minoris, et ejus,
qui auxilio tutoris, aut curatoris regitur; alia
majoris vigintiquinque annis, qui curatorem
2 non habet. Creditori † ipsi, dum majori et
sanæ mentis, citra controversiam recte solvitur. L. 4. *in pr.* L. *invito*, *in fin. hic.*
Est enim is, cui debetur, idest, is cui ex
obligatione præstandum est: ut dum ei solvitur, plane eo modo satisfiat obligationi.
Unde et liberationem exsistere necesse est.
3 Contraria † de caussa alii frustra solvitur
invito, aut ignorante creditore, *d.* L. *invito*,
in pr. Quippe hoc modo non fit, quod debuit ex obligatione. Sed hoc, inquam, ita,
si invito, aut ignorante creditore solvitur.
Voluntate ejus qui alii solvit, non minus liberatur, quam si ipsi creditori solvisset. dicta L. *invito*, dict. L. 4. *hic.* Voluntate †
4 creditoris alii solvi intelligitur, sive mandet
creditor debitori, ut alii solvat; sive cum
ignorante eo solutum esset, postea ratum habeat. dicta L. *invito.* Idem est etsi debitori
creditor nihil mandaverit; sed mandavit alii,
ut pecuniam a debitore acciperet. L. 3. *hic.*
De mandante creditore nulla dubitatio est.
De eo, qui ratam habet, desit dubitari,
postquam obtinuit, ratihabitionem mandato
comparari. L. *vero*, *in fi.* D. *eod.* Quod autem diximus idem esse, etsi creditor non debitori, sed alii mandavit, ut pecuniam vel
exigeret, vel oblatam acciperet: declaratur ea re maxime, quod etsi tacitum mandatum creditoris intervenerit de pecunia
exigenda, recipiendave; tamen ei, cui ita
mandatum sit, placet recte solvi. Argumento sunt procurator universorum bonorum, et
servus, cui dominus liberam peculii administrationem dedit. Vero † procuratori recte 5
solvi placet, non tantum si ei mandatum
est specialiter, ut pecuniam exigeret, vel acciperet oblatam; sed etiam si ei omnium
negotiorum administratio mandata *sit* L. *vero*, *in pr. D. eod.* Nempe quia administrationis verbo tacite etiam exactio hujus pecuniæ concessa est. † Hac de caussa et ei ser- 6
vo recte solvitur, qui liberam peculii administrationem habet, si ei solvatur, priusquam
debitor ademptum ei peculium cognosceret,
ut est in *L.* 3. *hic.* Imo adeo si servo

do-

dominus peculium habere permisit: hoc ipso et eum peculiares nummos recte mutuo dare, et cum dederit recte ei solvi placuit. L. 2. §. *ult.* D. *si cer. pet.* L. *si servus.* L. *quod servus*, *D. eod.* Non alia de caussa, quam quod peculium est, quod servus habet permissu domini separatum a rationibus dominicis. L. *quum Tuberonis*, *D. de pec.* Hoc autem permittere, est permittere, ut id omne servus habeat tanquam proprium patrimonium: sic enim *peculium* definitur, quasi pusillum patrimonium servorum filiorumque familias. §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Hactenus ergo servo saltem hoc concessum, ut peculium tanquam patrimonium suum exercere, si non per omnia ut dominus, at saltem ut tanquam bonus paterfamilias possit; peculiares nummos recte collocare, et cum deberi cœperit, recte accipere ne nummi apud eum vacent, ut scripsi *ad* L. 2. *ult. si cer. pet.* Quid est igitur, quod hic in L. 3. adjicitur, liberari debitorem, si pecuniam mutuam a servo, qui liberam peculii administrationem habet, acceperit; eique ante ademptum peculium, vel priusquam ademptum cognosceret, eam solverit? Non sane, quia pecunia a servo, qui peculium habet, mutuo dari non possit, aut ab eo data non possit ei solvi, nisi liberam peculii administrationem habeat; sed ut significetur, quanvis libera ista administratio ei concessa sit; tamen ne sic quidem ei recte solvi, si solvatur post ademptum peculium, quod debitor ademptum non ignoraret: atque hoc modo declaretur, quod servo recte solvitur, totum id neque ex peculii jure, neque ex liberæ administrationis concessione, sed ex voluntate domini ejusdemque creditoris pendere.

7 Mandante † et volente creditore pecunia alicui solvi intelligitur, si mandatum et voluntas perseveret. Cæterum mandatum revocatum, mandatum esse desinit. Quo fit, ut revocato mandato si debitor, quanvis illi ipsi, cui prius mandatum erat, solvat, non liberetur; si tamen sciat revocatum mandatum. Si ignoret, utilitatis caussa receptum est, ut nihilominus liberetur. L. *vero*, *D. eod.* §. *recte*, *Inst. de mand.* Inde et peculio finito, et libera peculii administratione revocata, potestatem servo solvendi finiri placet, *d.* L. 3. *hic.* Sed hic monendi sumus tunc solum creditorem posse voluntatem suam de pecunia alii solvenda revocare, cum potestas alii solvendi ex stipulatione, aut conventione debitori tributa non est.

Diversum est, si debitor ab initio in re contrahenda hanc potestatem acceperit voluntate creditoris: utputa, promisit quis centum tibi, aut Titio. Huic Titio recte solvet quandocumque volet, etiam invito et prohibente creditore: quia stipulatio ab initio certam conditionem accepit, quam debitori invito creditor auferre non potest. *d.* L. *vero*, *D. eod.*

Hæc de majoribus creditoribus dicta sunt. In minoribus autem contra evenit, ut his solvi non possit sine tutorum, aut curatorum auctoritate. L. *cum maritum*, *hic* §. *at ex contrario*, *Inst. quib. al. lic. vel non.* L. *pupillo*, *D. eod.* Ex horum autem auctoritate minoribus recte solvitur, *d.* §. *at ex contrario.* Quinimo et tutoribus et curatoribus, L. *quod si forte.* §. 1. *D. eod.* quia scilicet tutores et curatores dominorum loco sunt, cum tutelam administrant, L. *tutor*, *qui tutelam*, *D. de admin. tut.* Sed quam non sit tuta hæc liberatio in omnibus caussis, et quid ad plenam cautionem debitoris in ea solutione requiratur; alibi admonemur, petendum ex constitutione Justiniani, quæ de hac re scripta est, L. *sancimus*, *C. de adm. tut.* et refertur *in d.* §. *at ex contrario.*

Ad L. Nulla. 5.

Idem A. Celso.

Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo quod ei debitam quantitatem offerens, jus obligationis in te transferri desideras: cum ab eo te nomen comparasse non suggeras: licet solutione ab alio facta nomine debitoris, evanescere soleat obligatio, PP. V. Kalend. Novemb. Pio et Pontiano Coss.

SUMMARIA.

1. Extraneum solutionem offerentem frustra petere ab invito creditore, ut sibi cedat actiones adversus debitorem, et hoc quam recte.

2. Solvendo quemque pro debitore eum invitum et ignorantem liberare: et quam recte hic liberatio invito acquiratur.

3. Solvere quemque posse non solum pro debitore invito, sed etiam invito creditori; ut nisi pecuniam accipiat, liceat oblatam resignare, et ea obsignatione debitorem liberare.

QUia ita jus erat, ut liceret unicuique pro debitore solvere, de quo paulo post: quærebatur, an extraneus, qui pro debitore solvere paratus esset, posset etiam jure petere a creditore, ut sibi cederet adversus debitorem actiones suas; quasi hoc priori illi juri consequens foret. Movet exemplum fidejussoris, qui cum pro debitore solvit, potest desiderare a debitore, ut sibi cedat actiones adversus debitorem, itemque actiones hypothecarias. L. 2. L. *cum alter*, L. *mandati*, *sup. de fidejus. L. Modestinus*, *D. eod.* Huc accedit, quod ea res solventi prodest, creditori nihil nocet, ut videatur non iniquum id a creditore petere. argum. in L. 2. §. *quamquam*, *D. de aq. et aq. plu. arc.*

1 Rescriptum † est hoc loco, frustra extraneum id ab invito creditore petere, quanvis solutionem pro debitore offerat; hac ratione, quod nulla ei ad eam rem superest actio. Compositum pro simplici positum. Nulla superest actio, pro nulla est actio. Nam nec ante ulla tibi soluturo competebat. Nihil ad rem pertinet exemplum fidejussoris. Nam hic solvit creditori suo, non alieno: et de alieno hic agitur. Mandator, itemque fidejussor adversus creditorem actionem habere possunt, *d.* L. *Modestinus*. Atque ut nullam actionem haberent: tamen exceptionem habent, qua se adversus creditorem tueantur, nisi paratus sit actiones cedere, ut docuimus, ad *L.* 2. *supr. de fidejuss.* Nihil horum est in solutore extraneo, qui creditori alieno solvit. Nam nulla potest exceptio ei esse adversus creditorem, qui nihil petit toto Tit. *de except.* Nullam ei actionem esse constat: quia cum alieno creditore non contraxit. Et quod dicitur hanc cessionem non nocere creditori, vere dicitur. Sed et illud verum est, eam solutori nihil prodesse, quia is solvere non cogitur: et melius est, eum ab initio non solvere, quam pecunia soluta ad eam repetendam remedium quærere.

Quod † reliquum est, statuitur hoc loco 2 ad extremum generalis sententia illa, unde superior quæstio nascebatur, solutione ab alio facta nomine debitoris, evanescere obligationem. Quod sic interpretandum est: ut liceat cuivis extraneo pro debitore solvere, non solum ita, ut ea solutione debitorem volentem liberet; sed etiam ut liberet ignorantem et invitum. L. *solutione*, *L. si pro me*, L. *solvere*, D. *eod. Inst. quib. mod. tol. obl. in pr.* Ne quem moveant ea, quæ contra disseri solent. Pro invito creditore pecuniam alii exigere non licet, ut debitor eo facto liberetur. L. *invito*, *infr.* Cur igitur magis pro invito debitore liceat solvere? In promptu ratio est, quæ compluribus locis est tradita. Pro creditore quis exigens creditori nocet, si debitorem liberat. At pro invito si solvit, debitori prodest simul et creditori. Est autem secundum naturæ et omnis juris regulam, licere unicuique alterius conditionem meliorem facere, non licere autem facere deteriorem, hoc in L. *solvendo*, *D. de neg. gest. et* L. *solvere*, D. *eod.* Et præterea regula juris, Invito beneficium non dari, seu non acquiri. L. *invito*, *D. de reg. jur.* L. *hoc jure*, §. *non potest*, *D. de donat.* An non igitur eadem opera negatur invito acquiri liberationem, in qua est beneficium? Non negatur: Illud enim, *invito beneficium non adquiri*, sic accipiendum est: ut invito prin-

ci-

cipaliter et recta nunquam acquiratur; per consequentiam autem quominus possit acquiri, nihil prohibet, si prius acquisitio in re aliqua aut in aliqua persona constiterit, ex qua re aut persona necessario beneficium ad nos derivetur, ut in specie proposita accidit. Nam cum extraneus solvit creditori quod debetur, facit, ut non sit res amplius quæ debeatur. Re debita sublata, consistit in ea re obligationis solutio. Nam sine re quæ debetur, nulla obligatio esse potest. Unde etiam debitores omnes interitu rei debitæ liberantur. L. *si ex legati*, *D. de verb. obl.* Porro obligatione rei quovis modo sublata, necessaria consequentia efficitur, ut debitor qui prius fuerat, liberetur, qui sine obligatione teneri non potuit. Idem dicendum est de personis aliis, in quibus prius acquisitio constitit, a quibus deinde ad nos necessaria consequentia juris ea acquisitio transfertur: ut, cum ii qui sunt in potestate nostra, aut aliquid acquirunt, aut in re aliqua liberantur. Quia enim acquisitio primum in eorum persona consistit, et juris ratio facit, ut quid quid per eos acquisitur, statim nobis acquiratur. L. *placet*, *D. de acq. her.* § *ite nobis*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* fit hic quoque per consequentiam, ut beneficium ad nos transeat, quod prius in aliis constitit, quam in nobis. Huc pertinet L. *servus vetante*, *D. de verb. obl.*

Non † tantum autem cuivis extraneo licet solvere pro invito debitore, sed etiam licet 3
solvere invito creditori; tametsi hoc loco nihil aliud dicatur, quam solutione facta, idest, a creditore admissa, debitorem liberari: ut scilicet quemadmodum debitor ipse, si pecuniam offerat creditori, et illo recusante pecuniam obsignatam solemniter deponat, se omni obligatione liberat: L. *obsignatione*, *infr.* ita et quivis, qui creditori nihil debeat, eadem obligatione debitori idem præstet. L. *Paulus*, §. 1. D. *quib. mod. pign. vel hy. sol.* L. 1. *supr. qui pot. in pign. hab.* Merito: nihil enim interest ad liberationem debitoris, utrum ipse solvat, an vero alius pro eo, *Instit. quib. mod. tol. obl. in princ.*

Ad L. Si inter. 6.

Idem A. Alexandro.

Si inter patrem tuum, eosque quos debitores esse dicebas, non de dubia lite transactio facta est, sed parte tantummodo recuperata, universum se recepisse cavit, nec de superfluo eos, quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit: nec donationis caussa id factum est: exsuperantis debiti integra ei repetitio competit. PP. Idus Febr. Gordiano A. et Aviola Coss.

SUMMARIUM.

1. *Falsa confessio debiti accepti quatenus non noceat creditori.*

1 FAlsa confessio et professio omnis, ut substantiam rei non mutat, ita veritati non nocet. *L. Imperatores*, D. *de prob.* L. *non nudis. supr. de prob.* *L. 2. sup. de non num. pec.* Proinde si quis in instrumento confessus sit, se pecuniam a debitore accepisse, quam non accepit, non nocebit confessio creditori, quo minus illi integra maneat actio: nisi de eo, quod non accepit, debitorem liberarit, aut per acceptilationem, aut pacto transactionis, donationisve caussa interposito, ut hic traditur, et *L. interest*, *L. si literarum*, *infr. eod.* Sed diligenter animadvertendum est, his rescriptis hæc solum constanter dici, post hanc confessionem integram actionem manere. Non dicitur simpliciter, hanc confessionem non nocere creditori, et recte. Revera enim nocet in re dubia, in qua oportet unumquemque confessioni suæ stare, quamdiu nihil contra probetur. *L. generaliter*, *supr. de non num. pec.* *L. cum de indebito*, *in fin. D. de prob.*

Sed si creditor, qui confessus est, paratus sit probare, se confessum esse accepisse, quod non accepisset: veritati, ut dixi, locus supererit, et recte debitum repetet, ut hic dicitur. Id autem ita probare potest confessus, si doceat: se confessum esse, deceptum errore falsæ caussæ præteritæ, aut futuræ, quæ secuta non est. Præteritæ: ut si sibi persuaserit eam pecuniam, de qua confitebatur, recte solutam esse, cum debitor di-

diceret, se eam solvisse ejus institori, aut procuratori, aut filio peregre agenti. Errore falsæ caussæ futuræ: si quis spe futuræ numerationis confessus sit in præsentia se accepisse. *d. L. interest*, *et* L. *si literarum*, *inf. eod.*

Ad L. Ejus. 7.

Imp. Philippus A. et Philippus C. Antiocho.

Ejus quantitatem, cujus petitionem ratio compensationis excludit, usuras non posse reposci manifestum est. PP. V. Kal. Aug. Peregrino et Æmiliano Coss.

SUMMARIUM.

1. *Compensationem pro solutione esse, eandemque vim habere.*

1 COmpensatio pro solutione est, *L. si constat*, *sup. de comp.* Proinde et eosdem habet effectus: inter quos est liberatio usurarum. Ut pecunia soluta, aut creditore non accipiente obsignata et deposita, debitor periculo omni usurarum et aliarum rerum liberatur. L. *acceptam*, *sup. de usur.* ita admissa compensatione, cujus ratio ipso jure habetur, non ex eo tempore quo debitor judicio conveniri cœpit, et exceptione compensationis usus est, liberatur, sed ex quo a debitore et creditore eadem summa utique deberi cœpit: quod eleganter comprehensum est in *d.* L. *si constat*, *et* L. *seq. sup. de compens.* idem hoc loco.

Ad L. Usuras 8.

Idem A. et C. Rufino.

Usuras, quæ quotannis in urbe numerandæ sunt, promittere alio loco dependi, nisi ex justa caussa, exempli ratio minime sinit. PP. V. Idus Maji. Philippo A. et Titiano Coss.

SUMMARIA.

1. Permittere et dependi *hic legendum*, *et loci sententiam eandem esse*, *quæ expressa est in* L. pen. D. de eo quod cer. loco.
2. Exempli rationem non sinere, *hoc loco quid sit.*
3. *Certo loco promissum alio loco etiam invito creditore solvi posse ex caussa: et quæ hic caussa.*

LEctio hujus loci variat, a qua quoniam pendet sententia hujus rescripti ideo initio nobis animadvertenda est. In quibusdam exemplaribus legitur: *promittere alio loco*: in aliis, *permittere alio loco:* quam varietatem Accursius agnovit, et cum eo vulgo interpretes utramque lectionem retinent, parum intelligenter.

1 Aperte † enim legendum est, *permittere*, non, *promittere.* Nam quod certo loco dari promissum est, licet debitori alio quovis loco promittere: quoniam non promittit nisi volenti, non enim perficitur stipulatio, nisi ex duorum consensu, *L. inter*, §. 1. L. *continuus*, §. *D. de verb. obl.* Licet autem cuivis citra controversiam volenti alio loco promittere, quemadmodum et volenti solvere licet, arg. L. *pen. D. de eo*, *quod cer. loc.* Permittere autem alio loco solvi, quam quo loco ex stipulatione dari debuit, hoc est, quod juris ratio non sinit: idem, quod hoc rescripto *permitti* prohibetur. Itaque rescripti ea sententia est, quæ expressa est in L. *pen. D. de eo quod cer. loc.* id, quod quis certo loco promisit, alio loco invito creditore solvi non posse. Quo eodem ex loco intelligimus, in hoc rescripto non *deferri* legendum esse, sed *dependi*, ut est in veteri-

ribus exemplaribus. Dependere præstare est, et solvere. *L.* 3. §. 1. *D. de usur.* Adjicitur hoc loco caussa, cur id non permittatur.

2 Ratio † exempli, ajunt Imperatores, id non sinit: idest, quia id, nempe permittere alio loco solvi pecuniam, si non per se iniquum est; at iniquum est propter exemplum, et, ut alibi dicitur, exemplo pernitiosum est. *L. exemplo, supr. de prob.* Id hanc sententiam habet: fieri potest, ut in ea caussa, quæ nunc proponitur, debitor sic alio loco pecuniam offerat creditori suo, ut revera nullum sit incommodum creditori eo loco accipere, eoque in ea caussa non sit iniquum per se eum cogere. Sed si in hac caussa admiserimus, in omnibus aliis caussis et debitoribus admittendum erit propter exemplum: jura enim non in singulas personas, sed generaliter constituuntur L. *jura, D. de legib.* Hoc autem exemplum admittere, injuriosum, et, ut supra diximus, perniciosum, idest, tale, quod aliis in re pari perniciem publice adferat, multis enim modis accidere potest, ut non expediat creditori pecuniam accipere.

Adjicitur † hoc rescripto exceptio, nisi ex 3 caussa justa, quam exceptionem intelligimus adjiciendam esse. *d.* L. *pen.* D. *de eo quod cer. loc.* Duplex autem justa caussa est, cur alio loco pecunia offerri possit: vel quod solvi pecunia constituto loco non possit, puta sublato loco chasmate, aut occupato a mari, vel ab hostibus, ut itineribus vi externa interclusis. Vel quod alio loco solvere evidenter expediat et creditori et debitori. Veluti, si creditor eo loco pecuniam debeat alii, quam et necesse habeat solvere, debitor autem eam pecuniam offerat pro creditore, ubi is aliam non habeat. Hic manifestum est, si creditor hanc solutionem recuset, non ob aliam caussam recusare, quam ut molestiam exhibeat debitori suo, nullum alium commodum inde laturus: malitiis non est indulgendum. L. *in fundo, D. de rei vind.* L. *is cui simplici*, D. *de servit.* de quo plura scripsi ad *d. L. pen.* D. *de eo, quod cer. loco.*

Ad L. Obsignatione. 9.

Impp. Dioclet. et Maximianus AA. Cassio.

Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere, manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco quo debetur, solutio fuerit celebrata. PP. V. Id. Maii. Maximo. II. et Aquilino Coss.

SUMMARIA.

1. *Obsignatione pecuniæ debitorem liberari: et quali.*
2. *Obsignatio solemnis, quæ.*
3. *Oblatio pecuniæ ad obsignationem solemnem, qualis esse debeat.*
4. *Testatio in oblatione quid, et cur adhibenda.*
5. *Obsignare quid.*
6. *Obsignationis finis.*
7. *Depositio pecuniæ ad solemnem obsignationem qualis, et cur requiratur.*
8. *Totam pecuniam offerri debere: partem oblatam juste creditorem recusare, sive debitor totum se debere fateatur, sive partem tantum.*
9. *Opportunus locus dandi et offerendi quis.*
10. *Opportunum solvendi et offerendi tempus.*
11. *Obsignationis effectus ad liberationem.*
12. *Debitorem, si pecuniam obsignatam ad se receperit, incipere utili actione ex vetere caussa teneri.*
13. L. debitor, D. de usuris, *explicatur.*
14. *Oblatione sola neminem a principio liberari vel per exceptionem, nisi ex caussa publicarum pensitationum.*
15. *Oblationis effectus quatuor.*
16. *Oblata pecunia amissa sine culpa debitoris liberari debitorem, in strictis judiciis per exceptionem; in bonæ fidei ipso jure, cur, et quid intersit.*
17. *Pecunia ad solutionem destinata amissa non liberari debitorem, nisi prius pecunia oblata: specie debita amissa sine culpa debitoris continuo nasci liberationem, et differentiæ ratio.*

1 Obsignatione pecuniæ † debitor liberatur; sed iis conditionibus, quæ hoc rescripto præstituuntur: si solemniter obsignatio fiat; et si justa sit oblatio. Solemnis † obsignatio est, in qua hæc tria ordine 2 concurrunt, oblatio pecuniæ debitæ, obsignatio oblatæ, et oblatæ in locum publicum depositio, quæ comprehensa sunt maxime in L.

L. *acceptam*; *sup. de usur.* sed et aliis locis similibus prope innumeris, ut L. *si creditrici, eod. tit. L. creditor, supr. de pign. L. ult. supr. deb. vend. pig. imp. non pos. L. ult. supr. de luit. pig. L. tutor pro pupillo, in fin. D. de adm. tut.*

3 Oblatio † id continet, ut pecunia offeratur creditori. Hac oblatione non præcedente nihil prodest debitori ad solutionem, pecuniam obsignatam apud se habere. L. 2. *sup.*
4 *de usur.* In † oblatione pecuniæ jus exigit testationem, sive contestationem, *d.* L. *acceptam, sup. de usur.* Id significat, pecuniam offerri debere testibus præsentibus, ut explicatur in L. *si creditrici, sup. de usur.* Usus testationis hic est, ut si neget creditor pecuniam totam sibi offerri, aut neget esse probam: debitor utrumque possit ostendere testibus præsentibus. Item si creditor recuset omnem numerationem: testari possunt testes, pecuniam illi recte oblatam, ipsum autem recusasse accipere. Oblationem sequi debet obsignatio. Hoc autem continet, ut creditore oblatam pecuniam recusante debitor obsignet. *d.* L. *si creditrici*, et L. *acceptam.* Obtulisse non est satis, nisi obsignetur. L. *tutor pro pupillo, in fin. D. de adm. tut.*
5 Obsignare † pecuniam est in sacculum, aut aliam materiam immissam includere, et sacculo ita sigillum imponere, ut nisi amoto sigillo sacculus aperiri non possit. L. 1. §. *si pecunia, D. depos.*
6 Obsignationis † finis hic est, partim ut debitoris existimationi consulatur, partim ut creditoris utilitati. Nam si pecunia a creditore recipietur manente sigillo, intelligetur ex eo, debitorem rem ab initio bona fide gessisse, dum apparebit, congruere, summam quam ille dixit, cum postea in sacculum nihil adjectum sit, ut integrum sigillum declarat. Quod si sacculus resignatus erit, quod ex signo amoto facile apparebit: caussa erit creditori, cur adversus depositarium agat, et quo probet, sacculum dolo resignatum es-
7 se. Ne † hoc quidem satis, pecuniam obsignasse, nisi debitor obsignatam deponat in tuto loco, ut est in *d.* L. *tutor pro pupillo, in fin. D. de adm. tut.* Tutus autem locus is habetur, qui est publicus, ut hoc explicatur in *d.* L. *acceptam, sup. de usur.* Sed ne quemvis publicum hic tutum et idoneum putemus, adjicitur ibidem, in hoc casu publicum intelligi oportere, vel ædem sacram, ut olim, cum pecuniæ apud æedituos deponebantur; vel ut nunc et olim, eum locum, ubi competens judex super ea re aditus deponi constituerit. Hanc depositionem perspicuum est creditoris caussa exigi, ne pecunia in medio relicta ab obviis quibusque auferatur. Sed et debitoris: ut scilicet cum superiora tria præcesserint, si pecunia postea pereat, habeat creditor, quod de se solum queratur, non de debitore. Sciendum est tria ista exigi, cum creditor præsens est, cui pecunia offerri possit. Quod si creditor aberit, magistratus interpellandus est. L. *si creditrici, sup. de usur.* Nempe ut eo præsente pecunia offeratur, deinde obsignata ejus auctoritate deponatur: tum id pro justa oblatione cedet.

Non est satis obsignationem solemniter fieri, oblationem præterea justam esse oportet, ut nulla sit creditori recusandi caussa. Ut oblatio justa sit, in eo tres sunt conditiones, quas sigillatim exsequar. Prima † est, ut to- 8
ta pecunia debita offeratur, ut hic constitutum est, *et d.* L. *acceptam, sup. de usur.* ubi hoc amplius additur, pecuniam cum usuris offerendam esse. Idem in L. *ult. supr. deb. vend. pig. imp.* Hinc intelligimus esse verissimum, quod communi sententia interpretum constituitur, solutionem partium juste creditorem recusare. Et hic locus diligenter in eam sententiam notandus est adversus cavillationes Alciati, qui in omnibus locis, in quibus legitur, particulatim pecuniam creditori offerri non licere, ait ideo fieri, quia in illis de conditione implenda agitur: conditio autem pro parte impleri non potest. L. *cui fundus, D. de cond. et dem.* Etsi hoc nonnullam probabilitatis speciem habet in aliis locis; tamen cavillatio hoc uno loco aperte retunditur, ubi de pecunia principali debita agitur; et nihilominus exigitur, ut obsignetur tota. Adeoque verum est, non cogi creditorem per partes accipere: ut putem, ne tunc quidem cogendum esse partem accipere, cum debitor partem tantum fatetur, et partem negat. Nam si creditori ab initio jus constitutum est partem oblatam recusandi, hoc jus ulla confessione, aut negatione debitoris illi extorqueri non potest, arg. in L. *ultim. D. de pact.* L. *habere, in fin. D. de evict.* nec ad rem pertinet L. *quidam, D. si cert. pet.* cujus argumento vulgo in contrariam sententiam utuntur. Nam quod illic dicitur, cum debitor fatetur, partem se debere: creditorem cogendum esse partem accipere, non absolute dicitur, sed cum conditione: si creditor, id quod petit, velit consequi. Prius enim responsum erat, creditorem eam partem, quam debitor fatetur, judicio consequi non posse. Unde subjici intelligendum est, siquidem eam consequi velit,

lit, cogi eum accipere extra judicium. Sed hac conditione, inquam, si velit partem oblatam consequi. Quod si eam oblatam accipere neque in judicio, neque extra judicium volet, ita accipere utique non cogitur. Optima ratione, quæ et vulgo redditur: quia non est cogendus creditor eam solutionem accipere, ex qua aliquod damnum metuat. *L. debitorem*, 99. *D. eod.* Partium autem solutio non minima incommoda habet. L. 3. *D. fam. ercisc.* Sed de hac quæstione scripsi pluribus et ex professo ad *d. L. quidam.*

9 Altera † conditio est, ut pecunia idoneo loco offeratur: quæ hic traditur, *et* L. *qui Romæ*, *in pr. D. de ver. obl.* Proinde quod non offertur oportuno loco, juste a creditore recusatur. Quod sine loci adjectione dari promissum est, siquidem species certa: ibi recte offertur, ubi est; nisi inde, erat tempore contractæ obligationis, alio translata sit a debitore dolo malo. Si genus, puta decem: ibi dari debet: ubi et recte petitur. Exstat hæc distinctio in L. *quod legatur*, *D. de jud.* de re legata quidem, quæ ut debita petitur: sed quæ ob eam caussam ad res alias debitas transferenda est. Duobus autem locis pecunia debita peti potest; vel ubi reus domicilium habet, vel ubi obligatio contracta est. Quare et totidem locis agenti actori dari debet; totidem et recte offertur: alibi oblatam recte creditor recusabit. Sane in pecunia mutuo data: quoniam id agitur, ut reddatur sine incommodo creditoris, L. 3. *D. si cert. pet.* L. *creditorem*, 99. D. *de sol.* id quoque agi videtur, ut reddatur ibi, ubi accepta est: quia sine incommodo creditoris aliter non fit. Ideo placuit desiderante creditore etiam ibi pecuniam reddi debere, quanvis alibi de pecunia actum sit, et reus ibi condemnatus. L. *argentarium*, §. 1. D. *de judic.* Unde intelligimus nec invito creditore eam pecuniam alibi solvi, aut recte offerri posse. Quod si quid aperte certo loco dari promissum est: id demum certo constat alio loco dari, aut offerri non posse, utpote aperte non opportuno. L. *usuras*, *supr. eo.* L. *pen. D. de eo*, *quod cer. loc.*

10 Tertia † conditio est superiori proxima, ut offeratur pecunia opportuno tempore. L. *si soluturus*, D. *eod.* Opportunum solvendi tempus debitori regulariter est omne tempus, si quid pure, aut in diem debeatur. Nam et quod in diem debetur, ante diem recte solvi potest L. *quod certa*, *D. eod.* L. *eum qui Calendis*, §. *ult.* D. *de verb. obl.* Sed hoc regulariter, inquam, ut proposui, non enim est perpetuum. Tunc ante diem pecunia invito offerri non potest, cum apparet diem creditoris caussa adjectum esse. L. 3. §. *pen. D. de usur.* Sed et in iis: quæ præsenti die debentur, dici potest non esse idoneum solvendi tempus, si quis offerat ei, qui uxorem ducet, eive, quæ nubit, aut ei, qui funus familiare ducit; quoniam in his occupationes sunt justissimæ et ad officium cujusque propemodum necessarium pertinentes. arg. in L. 2. *in fin. et* L. 3. *D. de in jus voc.* Hæc strictim, ac velut obiter de hac parte, quam ideo non persequor hoc loco pluribus quia a me copiose tractata est alibi ad L. *eum qui Calendis*, §. *ultim. de verb. obl.* unde licet petere certiorem ejus cum cognitionem, tum confirmationem. His in oblatione † et obsignatione pecuniæ constitutis, 11
vis hæc est obsignationis, ut debitor liberetur, ut hic scriptum est. Hoc modo debitorem liberari cum dicimus, intelligimus id, quod verbum significat, liberari ipso jure, ac non per exceptionem tantum. Id autem magis intelligitur ex eo, quod dicitur debitor post obligationem solemnem omni actione etiam utili liberari. L. *acceptam*, *in fin. sup. de usur.* L. 1. §. *si pecunia, in fin.* D. *depos.* Hinc hujus obsignationis eadem effecta, quæ et cæterarum liberationum in quibus hæc sunt; periculis omnis amotio, interpellatio usurarum, et accessionum liberatio, comprehensa et ipsa simul omnia in *d.* L. *acceptam*, *sup. de usur.* Et hoc est: obsignata et deposita rite pecunia, debitor omni periculo amissæ postea pecuniæ deinceps liberatur, ut est in *d. L. acceptam.* Idem ex eo tempore præstare usuras non debet, L. *si creditrici*, *supr. de usur.* L. *tutor*, §. 1. *D. de usur.* L. *tutor pro pupillo*, §. *ult. C. de adm. tut.* Exinde et liberantur pignora, quæ sola oblatione non liberantur. L. *creditor*, *supra*, *de pig.* *L. ult. supra*, *debit. vend. pign. imp. non poss.* L. *ult. supr. de luit. pig.* Nam quod dicitur in L. *item*, §. 1. *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* eum pignus liberare, qui solvere paratus est, sic accipiendum est: qui solvere paratus est cum effectu, idest, ita solvere, ut creditor accipiat, aut creditore recusante pecuniam obsignet, et deponat. Sic enim obsignatio pro solutione erit, non oblatio sola. Quod de pignoribus dicitur, idem intelligendum est de fidejussoribus, ut et hi post obsignationem pecuniæ liberentur. L. *in omnibus speciebus*, *D. eod.*

Sed quod dicimus obsignatione pecuniæ debitorem ad istum modum ipso jure liberari, hic duo loci adversari videntur. Primum eadem ipsa L. *acceptam*, *in fin. supr. de*

de usur. ubi traditur post obsignationem pecuniæ, si debitor pecuniam ad se receperit, eum utili actione creditori teneri. Quo effici videtur, eum prius liberatum non fuisse: qui si esset liberatus, nunquam posset teneri postea: semel enim exstincta actio, postea revocari non potest. L. *Mævius*, §. *duorum*, *D. de legat.* 2. L. *qui res*, §. *aream*, D. *de*
12 *solut.* Dicendum est † debitorem, qui pecuniam obsignavit, statim ipso jure omni actione vetere esse liberatum et directa et utili, idque jus perpetuum esse, quandiu pecuniam ad se non recipit. Quod si obsignatam ad se recipere cœperit, ne sic quidem restituetur vetus actio, quæ semel exstincta suscitari non potest. Sed hoc de directa, quæ prius fuit, accipiendum est: cæterum restituetur utilis ex ea caussa ipsa, ex qua prius reus tenebatur. Hæc enim liberationis superioris caussa fuit, quod reus pecuniam recte obsignatam a se removisset: qua caussa facto ejus sublata, ratio non patitur, ut locus sit liberationi. arg. in *L. in omnibus caussis id*, D. *de reg. jur.* At pecunia a debitore recepta, eo res redit, ut nec videatur obsignata, atque hoc modo deficiat caussa liberationis. Æquum igitur debitorem tum eadem actione, qua prius, teneri. Non potest teneri, directa, quia jus superius prohibet. Restat ut teneatur utili: quæ tamen priorem illam obsignationis liberationem non tollit, quam dicimus,
13 Obstat † præterea *L. debitor*, D. *de usur.* ubi scriptum est, si post obsignationem rite factam debitor conventus moram faciat, nummos ex eo tempore steriles non futuros, idest, debitorem ex eo usuras debiturum. Non potuit debitor moram facere, nisi pecuniam obsignatam debuit. Nulla est enim mora adversus eum, a quo peti non potest. L. *nulla*, *D. de reg. jur.* Sed nec usuræ deberi possunt, nisi ejus sortis, quam quis debeat, L. *ejus*, *supra hoc tit.* Quæ omnia aperte evincunt etiam post obsignationem pecuniæ, debitorem pecuniam obsignatam debere posse. Quod et ipsum verum est, et fatemur. Sed quæritur, quando, qua ex caussa, quave actione debere possit. Et cum de eo comprehensum sit in *d.* L. *acceptam*, *supra de usur.* inde sumendum est, quod hic sequamur. Qui ergo debitam a se pecuniam obsignavit, eandem et post obsignationem debere potest: sed tum reperiatur eam id se recepisse, atque hoc modo pro obsignata et deposita habere desiisse. Non quidem ut teneatur vetere actione directa: sed ut teneatur tamen: nempe utili. Post quod tempus ut eandem pecuniam cœpit debere, qui prius debebat: ita et moram eum facere posse verum est; et faciet tum, cum exinde interpellatus non solverit.

Hæc † de obsignatione dicta sunt, quæ 14
cum non frustra exigatur ad liberationem debitoris: ex eo intelligimus id, quod de oblatione sola quæsitum est, nunquam oblationem rei debitæ debitorem liberare vel ipso jure, vel per exceptionem: præterquam in una specie, de qua postea. De quo ne dubitetur, argumenta hæc sunto. Primum, quod creditor post oblationem rei debitæ potest adhuc eandem rem suo jure a debitore petere, et quidem ita, ut si debitor non præstet, moram faciat: quæ illi nocet non aliter, quam si prius rem nunquam obtulisset. *L. illud*, *D. de per. et com. rei vend.* L. *sed si postea*, 24. *D. de rec. arb.* Deinde quod post eandem obligationem placet non eo minus usuras deberi. *d.* L. *acceptam*, *supr. de usur.* *L. tutor pro pupillo*, §. *ult.* *D. de administ. tut.* Hoc amplius nec pignora liberari sola oblatione. L. *ult.* *supr. deb. vend. pig. imp. non posse*, *L. creditor*, *supr. de pig.* Et quod dicitur in L. *item*, §. 1. *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* eum pignus videri liberasse, qui paratus est solvere: quomodo accipiendum sit, paulo ante ostendi. Nec dubium est, quin idem probandum sit in fidejussoribus, qui et ipsi accessio sunt principalis obligationis, uti et pignora. *L. in omnib. specieb. D. eod.* Una tamen in specie constitutum est, ut sola oblatio pecuniæ pro solutione cedat: cum scilicet pecunia tributorum et publicarum pensitationum nomine debita susceptoribus oblata est, quam illi accipere recusant. L. 1. *infr. de suscep. Lib.* 10.

Sed quamvis sola oblatio pecuniæ † debi- 15
tores non liberet; non tamen per omnia debitori est inutilis. Habet autem hæc fere commoda quatuor. Oblatio custodiæ periculo liberat debitorem, cum prius ex potestate obligationis custodiam rei præstare deberet. L. *illud*, *D. de peric. et com. rei vend.* Oblatio facit, ne adversus debitorem usuræ, aut pœnæ stipulatio committatur: cum utrumque deberetur ea conditione, si pecunia soluta non esset: et ea pecunia non soluta quidem, sed tamen a debitore creditori oblata est. L. *si pro te*, *supr. de usur.* *L. Celsus*, §. 1. *D. de recep.* Ita obligatio debitorem quidem obligatione contracta non liberat, at ne in obligationem incidat, facit. Differentiæ ratio est, quod obligationes contractæ certis tantum modis solvuntur, inter quos non est oblatio sola; sub conditione vero contractæ non prius ve-

vere contrahuntur, quam conditio impleta sit. Talis est autem omnis usurarum, aut pœnæ promissio: quorum utrumque promittitur sub conditione, si sors soluta non sit. Unde hoc quoque sub contraria conditione dici intelligitur: ne quid horum debeatur, si sors soluta erit. L. *quibus*, §. 7. *D. de cond. et dem.* Hæc autem conditio exsistere intelligitur, pecunia oblata. Etsi enim oblata, non ideo soluta: tamen quia per creditorem stat, quo minus solvatur, atque ita quominus impleatur conditio, jure pecunia pro soluta, et conditio pro impleta habetur. L. *jure*, D. *de cond. et dem.* Demus hanc conditionem, si pecunia soluta sit, exstitisse: consequens est contrariam defecisse, si pecunia soluta non sit. Qua conditione non impleta apparet pœnæ et usurarum stipulationem non posse committi. Eadem oblatio, ut si creditor postea fructus percipiat ex rebus sibi pignori obligatis, eos fructus non possit imputare in usuras, quæ ipsi debentur, sed cogatur imputare in sortem: quæ sententia est. *L. ex prædiis, supr. de usur.* Quæ res ut eatenus debitorem a sorte, sic a præstatione usurarum futurarum in posterum liberat.

Sed si quæ usuræ antea debebantur, non desinent deberi, et præterea ea summa sortis in quam fructus non sufficiunt, ita debebitur, ut simul ejusdem summæ usuræ currant. Ita non minus verum erit quod supra diximus, nunquam contracta et manente sortis obligatione oblationem solam liberare debitorem a præstatione usurarum vel præteri-
16 tarum, vel futurarum. Postremo † oblatio debitorem non liberat, quandiu summa oblata salva est. At ea amissa si sine culpa debitoris amissa sit, debitor liberatur, ne frustratio creditoris debitori noceat: hoc in L. *qui decem*, *in pr.* D. *de solut.* Videtur tamen is locus contraria de hac specie constituere. Nam initio responsi dicitur debitor in hac specie liberari per exceptionem, in extremo liberari ipso jure. Sed nihil hic contrarium. Observandum est enim, in fine ejus responsi agi de marito, qui pecuniam ex caussa dotis deberet, quam uxori, aut heredibus obtulit. Hoc judicium bonæ fidei est, §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Unde sub hac specie generaliter hoc dici intelligitur: eum, qui ex judicio bonæ fidei pecuniam debet, si obtulit eam creditori, ea deinde amissa ipso jure liberari. Quod ergo dicitur in principio, debitorem pecunia oblata ac postea amissa liberari per exceptionem, de eo debitore dictum intelligendum est, qui ex alio genere actionum, idest, stricti juris, pecuniam debeat, veluti ex stipulatu, aut ex testamento. *L. alias*, D. *de in lit. jur.* Ex his caussis, inquam, si debitor pecuniam debitam obtulerit creditori, quæ deinde illo recusante sine culpa debitoris perierit: recte dicitur liberari, sed per exceptionem. Hoc ideo dissimiliter in his judiciis, quod cum ex oblatione pecuniæ quæ postea amissa est, nascatur pariter in omnibus judiciis exceptio debitori: tamen inter ista judicia in exceptione usurpanda hoc interest, ut pluribus supra suis locis ostendimus, et maxime ad §. *actionum*, *Inst. de act.* quod in strictis judiciis exceptio initio contestanda, atque ita in judicium deducenda est. *L. præscriptionem*, L. *si quidem*, *supr. de excep.* bonæ fidei autem judiciis exceptiones quanvis non contestatæ ipso jure insunt, ut possint sine ulla contestatione quandoque ante sententiam allegari. L. 3. *D. de resc. vend.* L. *hujusmodi*, §. *qui servum*, *D. de legat.* 1.

Illud † monendi sumus, quod de debito- 17
re post oblationem per exceptionem, aut ipso jure liberando dictum est, consulto dictum esse de eo, qui pecuniam debuit, et obtulit. Nam si species debeatur, et ea sine culpa debitoris perierit: debitor statim, et sine ulla ejus speciei oblatione liberatur. L. *si ex legati*, *D. de verb. oblig.* Utrumque recte, et ei regulæ, quæ est de interitu rei debitæ conveniente. Placet enim, si prius quam per debitorem factum sit, quominus daret, perierit, quod debebatur, eo interitu debitorem liberari. *d.* L. *si ex legati*, *de verb. obl.* L. *quod te*, *D. si cer. pet.* Jam vero specie certa in obligationem deducta, si ei perierit, verum est periisse, quod debebatur: itaque et hic interitus ad regulam pertinet. Non idem dici potest, si quis pecuniam debuit in genere, deinde certam offerat. Ut enim maxime hæc oblata postea pereat: tamen semper constabit non periisse eam, quæ debebatur: quoniam debitor neque illam quam obtulit, neque aliam certam debuit. L. *in ratione*, §. *incertæ*, *D. ad L. Fal.* Ita fit eadem ista constitutione juris, ut summo jure debitor liberari non possit: cum semper pecunia maneat in rerum natura, quam is possit præstare. Sed nihilominus eum liberari æquum est. Non enim æquum est teneri eum pecunia oblata amissa, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset: ratio Marcelli, atque hinc doli exceptio in *d.* L. *qui decem*, D. *eod.* quæ exceptio est, qua in proposito debitorem liberari, supra diximus.

Ad L. Successores. 10.

Iidem AA. et CC. Ambrosio.

Successores ejus, qui major viginti quinque annis in solutum pro debito jure mancipia dedit, hæc revocare non posse constat. S. V. Id. April. Bizantii AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Aliud volenti solutum parere liberationem, nec posse revocari ab eo qui solvit, si major est, aut ab ejus heredibus.*
2. *Minoribus aliud pro alio solventibus, quanvis tutorum curatorumve auctoritate, aut decreto megistratus, paratam esse in integrum restitutionem ad repetendum solutum, si læsi sint, inde et ejus heredibus.*

1 PRO † pecunia, quæ debetur, volenti creditori recte aliud solvitur, ut fundus, mancipia, et res cæteræ. L. *manifesti*, *infr.* Semel recte solutum debitor revocare non potest. Quippe datum est creditori ob caussam, ut debitor liberaretur. Hæc caussa post solutionem secuta est: quo fit, ut cesset repetitio. L. 1. *D. de con. cau. dat. cau. no. sec.* Quod debitor ipse revocare non potuit, si viveret: multo minus revocare poterunt ejus heredes, de quo hoc rescripto cautum est. Hi enim succedunt in jus defuncti et per omnia eodem jure tenentur. *L. qui in jus*, *D. de reg. jur.* §. *ult. Inst. de locat.* Adeoque id verum est: ut quanvis debitor solvisset rem heredis sui; tamen heres factum decessoris sui infirmare non posset. *L. si a matre*, *sup. de rei vind. L. venditrici*, *sup. de reb. al. non al.* Sed hæc ad eos pertinent, qui sunt majores viginti quinque annis, et ad eorum successores, quod est temperamentum hujus rescripti. Quod † si debitor minor aliud pro debito solverit, aut nihil alienat, si res immobilis soluta est: toto Tit. D. *de reb. eor. qui sub. tut. vel cur. sunt.* aut si quid ex decreto magistratus, vel auctoritate tutorum curatorumve solvit, nihilominus si læsus est, potest consequi in integrum restitutionem beneficio ætatis, *L. non omnia*, D. *de min.* et quæ restitutio ipsi debitori vivo competeret, eadem competit ejus heredibus. L. *non solum*, D. *de int. rest.* L. *minor autem.* 18. *ult. D. de minor.* 2

Ad L. Cum Maritum. 11.

Exemplum hic est legis sequentis.

Ad L. Junio. 12.

Exposui hunc locum ad L. 3. *et* L. 4. *supra.*

Ad L. Si obligatum. 13.

SPecies prope eadem, certe eadem plane sententia, quæ *L. si inter*, *supra hoc tit.* In verbis mendose legitur, *post acceptilationem liberasti*: legendum, *post acceptilatione liberasti.* Agitur enim hic de eo, qui falso scripsit se accepisse, quod non accepit: neque debitorem novatione interposita, neque post novationem interposita acceptilatione liberavit.

Ad L.

Ad L. Pecuniæ 14.

Iidem AA. et CC. Cohortæ.

Pecuniæ solutæ professio collata instrumento, majorem rei gestæ probationem continet, quam si chirographum acceptæ pecuniæ mutuæ fuisset redditum. S. V. Id. Jul. AA. Coss.

Ad L. Quod debitori. 15.

Iidem AA. et CC. Quartino.

Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adseveras, nihil de jure tuo deminutum est. Quibuscunque itaque argumentis jure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro hujusmodi facto liberationem minime consecutum, judex ad solutionem debiti jure compellet. S. V. Kal. Sept. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Chirographum quanvis debitori non redditum fieri soluta pecunia inane, ut jam nec creditori prosit, nec debitori noceat.*
2. *Chirographum quanvis inane soluta pecunia recipere, cur utile, et quæ in eam rem actio.*
3. *Quæ solutionis probationes. Apocha quid.*
4. *Confessum creditorem sibi pecuniam esse solutam quanvis sine scripto, confessioni suæ stare debere.*
5. *Sed post triginta dies ex constitutione Justiniani.*
6. *Chirographum debitori redditum liberationis fidem facit, si modo redditum sit a creditore: non aliter: debitoris in eo esse probationem.*

HÆC regula certi juris initio hujus tituli posita est, solutione ejus, quod debetur, tolli obligationem. *Instit. quib. mod. tol. obl. in pr.* Et si quidem de solutione
1 constat, tollitur controversia. Adeoque † verum est debitorem liberari: ut liberetur, etiamsi chirographum suum a creditore non receperit, planeque id chirographum fit inane, ut amplius nec creditori prosit, nec debitori noceat. L. 4. *supra hoc tit.* L. *si actore, infr. eod.* L. *qui tabulas*, D. *de furt.* Recte inane: quandoquidem chirographum nihil amplius continebat, quam obligationem debitoris. Hanc autem constat sublatam esse solutione. Quo fit, ut obligatione sublata, nihil relinquatur in chirographo proprium chirographi. Quod si chirographum, quanvis apud creditorem integrum manens, debitori qui solvit, nihil nocet; multo minus nocebit, si erit inductum. Unde recte dicitur in L. *inductum, inf. eod.* debitoribus solutionem probantibus nihil eorum interesse, utrum chirographum inductum fuerit, an non
2 fuerit. Quia † tamen utile est chirographum a debitore recipi, ne postea aut ipse, aut heredes ejus ignari ex eo chirographo conveniri possint: consultum est, ut debitor chirographum repetat: in quam rem est condictio sine caussa. L. 2. *supr. de cond. ex lege. L. ult. infr. eod.* Hæc, ut dixi, si constet de solutione. Quod si de eo ipso sit controversia, an debitor solverit, quia debitor dicat se solvisse, creditor neget: hic de probatione quæritur. Ac primum utri incumbat probatio, debitorine, ut probet se solvisse; an creditori, ut probet sibi solutum non esse. Et placet debitorem, qui se solvisse dicit, solutionem probare debere. L. *ult. hic L.* 1. *supra, de probat.* Quod regulis juris de onere probandi convenit: quibus efficitur et ei, qui dicit, incumbere probationem, non ei, qui negat. L. 2. *D. de probat.* et factum negantis per rerum naturam nullam esse probationem. L. *actor, supra de prob.* Hoc posito quæritur, quomodo recte et facile debitor solutionem probet: de quo sunt hæc rescripta duo.

Et †, extra testes, quibus maxime res probari solent, L. *ult. supra de prob.* duo pecuniæ solutæ probationem continent: profes- 3
sio

sio acceptæ pecuniæ instrumento collata, quæ uno verbo a nostris auctoribus dicitur apocha, L. *qui tabulas*, §. *ult. supra de furt.* et præterea chirographum a creditore debitori redditum. Professio creditoris adversus ipsum probationem habet, quia æquissimum putatur unumquemque confessioni suæ stare, et quod idem est, fidem unicuique adversus se haberi debere. L. *generaliter, supra de non num. pec. L. de ætate.* §. 1. D. *de interro. in jur. fac.*

4 Sed † cur additur hoc loco, *collata instrumento?* Non sane quia creditori sine scripto extra judicium profitenti sibi pecuniam solutam esse, ea confessio adversus eum fidem non faciat. Nam si debitor extra judicium se debere verbis professus, confessioni suæ stare cogitur. *L. generaliter, in fin. sup. de non num. pec. auth. rogati, supr. de testib.* ubi tamen confessio spectat ad eum obligandum: quanto magis creditor extra judicium sibi solutum esse verbis professus; confessioni suæ stare cogendus est, ubi professio confertur ad reum liberandum? Scimus enim proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum. *L. Arrianus*, D. *de obl. et act. L. favorabiliores, D. de reg. jur.* Cur additum igitur de instrumento? Non ad excludendam professionem verbis tantum testatam; sed ad discrimen indicandum: quod esset inter apocham creditoris debitori datam, et chirographum ipsius debitoris illi redditum: de quo discrimine debitrix laborabat. Constabat debitorem liberari tacito pacto, si creditor ei chirographum suum reddidisset, L. 2. *D. de pact.* Forte id non fecerat creditor: sed instrumento liberationis, idest apocha, professus erat sibi pecuniam esse solutam. Huic instrumento non satis fidens debitrix laborabat, ut etiam chirographum suum sibi redderetur: quærebatque, num satis superiore instrumento esset sibi cantum ad liberationem. Et rescriptum est, non modo id eandem probationem habere, atque chiragraphum redditum, sed etiam majorem: ut hoc instrumento accepto de probatione liberationis suæ laborare non debeat. Hactenus † tamen professio pecuniæ 5 solutæ quanvis instrumento testata fidem facit ex constitutione Justiniani, dum triginta dies excesserint. Alioqui intra eos dies datur creditori exceptio non numeratæ pecuniæ. L. *in contractibus*, §. *supra, de non num. pec.* Quod † attinet ad chirographum a debitore 6 receptum id eandem fidem liberationis facit: sed hac conditione, si a creditore sit redditum *d. L. 2. D. de pact.* Quod si ab alio redditum erit, aut aliter receptum, quam voluntate creditoris: nihil possessio chirographi prodest debitori ad liberationem, aut soluti probationem, ut significatur in L. *quod debitori, sequen.* Sed uter probare debebit? Intelligimus ex eodem rescripto, debitorem probare debere chirographum sibi a creditore redditum. Alioqui satis esse creditori ad vincendum, si dicat sua voluntate redditum non esse; quoniam illic scribitur creditorem vincere debere, si obligationem probaverit: et præterea debitorem pro hujusmodi facto (intellige redditi chirographi) liberationem minime consecutum.

Ad L. Eum a quo. 16.

Iidem AA. et CC. Charidemo.

Eum, a quo mutuam sumpsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui compelli juris ratio non permittit.

Ad Auth. *Hoc nisi.*

Hoc, nisi debitor in pecunia, vel alia re mobili solvere nequeat: tunc enim res immobilis, quam debitor habet meliorem, solvi potest, facta per judicem subtili ejus caussæ æstimatione: ut rem prædictam et debitori solvere, et creditori liceat petere, præstanda creditori cautela de evictione, quæ debitori possibilis sit: quod est in omni actione. At si creditor paratus sit emptorem rei præstare, oportet debitorem cautela judicis arbitrio creditori præbita, rem tunc distrahere, ut satisfiat creditori.

Ad L.

Ad L. Manifesti. 17.

Iidem AA. et CC. Cassio.

Manifesti juris est, tam alio pro debitore solvente, quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis, tolli paratam obligationem. (S. Kalend. Dec. Sirmii. AA. Coss.

1. *Aliud volenti solutum ita debitorem liberare, ut creditor nec quod accepit, possit reddere, nec si plus debebatur, quod amplius est, possit petere.*
2. *Aliud pro alio semel solutum, amplius revocari non posse.*
3. *Lucrum ex ea re factum multo minus creditori avocari.*
4. *Aliud pro alio invito creditore solvi posse, si quod debetur, solvi a debitore non potest; et quibus in caussis non posse existimetur.*
5. *Aliud pro alio solvi posse, si debitor hujus rei potestatem unde oportet, acceperit, et unde hæc potestas.*
6. *A lege potestas, quando.*
7. *A testatore, quando.*
8. *A conventione, quando.*

HIS locis explicatur locus ille, quid solvendo debitor liberetur. Statuuntur
1 autem hic sententiæ duæ. † Una est, aliud pro alio volente creditore recte solvi. L. *manifesti*, *hic.* Cui hæc sunt consequentia. Primum illud: liberari debitorem non secus, quam si id, quod debetur, solutum esset. *L. si quis aliam*, *D. eod.* Quæ res facit, ut quanvis postea creditorem pœniteat, quanvis res pereat; aut exstet quidem sed minoris sit, quam debeatur: tamen nec si quid amplius est a debitore possit petere. Id enim fieret, si debitor nihil debuisset: cœpit autem nihil debere, posteaquam liberatus est.

2 Deinde † et hoc consequens in creditore, sic ea solutione dominium rei solutæ in eum transferri, ut nunquam possit debitor postea ex pœnitentia eam rem avocare: L. *successores*, *sup. hoc tit.* scilicet quia quod nostrum esse cœpit, id nobis invitis ad alium transferri non potest. L. *id quod nostrum*,
3 *D. de reg. jur.* Efficitur † et illud, si creditor rem multo meliorem fecerit, sive etiam vendiderit multo pluris, quam illi debebatur, hanc industriam, atque hunc eventum ipsi prodesse debere, non debitori L. *pen. hic.* Optima ratione: quia si res soluta periret, creditori eidemque domino suo periret. L. *pignus*, *sup. de pig. act.* Hoc autem secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. L. *secundum*, *D. de reg. jur.*

Altera sententia est superiori contraria, aliud pro alio invito creditori solvi non posse, L. *eum a quo*, *hic.* Sententia diserta expressa in L. 2. §. 1. *D. si cert. pet.* Sed hæc has duas exceptiones habet summas: unam, nisi id quod debetur, in ea caussa sit, ut a debitore præstari non possit; alteram, nisi debitor potestatem aliud solvendi aliunde acceperit, de quibus videamus.

Si † quod debetur, solvi non potest, necessitas eo rem deducit, ut aliud solvi debeat, si creditori satisfactum volumus. Sed an non possit debitor præstare, varie æstimatur: variæ enim caussæ sunt, cur præstare non possit, ex quibus omnibus placet eum audiendum esse, si aliud offerat. Interdum res debita periit. Hic nulla dubitatio est, quin aut nihil a debitore præstari debeat, aut si quid debet, debeat æstimationem. Id vero ita fieri traditur in L. *in re furtiva*, *D. de cond. fur. et* L. *qui restituere*, D. *de rei vind.* Interdum res debita per rerum naturam præstari potest, sed non potest debitor præstare propter inopiam, quia solvendo non est. Hic permissum est inopi debitori speciem unam aliquam ex rebus suis creditori pro debito offerre, dummodo offerat optimam: hoc in *auth. hoc nisi*, quæ sequitur. Interdum res a debitore præstari potest: quoniam et exstat et est in potestate debitoris; sed eam debitor honeste præstare non potest, ut accidit, si ab herede legatus sit ejus pater, aut mater, aut filii naturales. Hos heres si in potestate habet, potius pro officio manumittere debeat: si non manumittat, aut etiamsi det in alterius potestatem, non tam inhumane, quam contra officium pietatis faciat: proinde nec facere id posse existimandus est. L. *si filius*, *D. de cond. inst.* Merito igitur placuit in hac specie audiendum esse heredem debitorem, si pro his æstimationem legatario offerat. L. *si dominus*, §. *qui confitetur*, *D. de legat.* 1. Interdum etiam honeste res a debitore potest præstari, sed

sed non sine magno ejus incommodo: veluti si res aliena debeatur, quam dominus aut non vendat, aut magno vendat. Hic quoque visum est justam esse caussam, cur audiatur debitor æstimationem offerendo: quasi nec possit præstare quod sine magno incommodo et injuria sua non potest, ubi ex ea re nihil commodi ad creditorem redeat. Et hoc quoque scriptum est in *d.* L. *si domus*, §. *qui confitetur*. Quod si erit in potestate debitoris, quam et ipse præstare possit non inhoneste, nunquam audiendus est, si aliud
5 pro alio, quod debet, offerat. Sed † et hic altera exceptio est, nisi hujus rei potestatem inde accipiat, unde ei potestas hæc tribui potest. Tribuitur autem potestas aliud solvendi interdum a testatore in re legata, nonnunquam etiam contrahentium conventione.

6 A lege † hæc potestas tribuitur in noxali actione, quæ adversus dominos competit ex maleficio servorum. Nam ex hac caussa nihil amplius a dominis debetur, quam damni et maleficii æstimatio; et tamen dominus servum noxæ dedendo, si velit, liberatur. L. *si servus*, 7. D. *de nox. act. Inst. eod. tit.* Sed ideo: quia hæc potestas a lege accipitur, ut scriptum est in L. *miles*, §. 1. *D. de re jud.* Quod eo pertinet: ut intelligatur definitionem superiorem juris nihil obesse, cum dicimus aliud pro alio solvi non posse invi-
7 to creditore. A † testatore hæc eadem potestas accipitur in hujusmodi legatis. Heres meus penum dato; si penum non dederit, decem dato. Placet in hac specie, simul atque heres penum dare potuit, neque dedit, sola decem incipere deberi, non penum; et tamen in eadem specie placet, quanvis heres penum non debeat, penum in solutione esse, idest, heredem si penum offerat, liberari. *L.* 1. D. *de penu, leg. L.* 1. §. *item si ita, D. ad L. Falcid.* L. *cum sine, D. quand. di. legat. ced.* Ex quo apparet hic pro eo, quod debetur, recte aliud solvi, quod non debebatur, idque etiam invito creditori. Sed hoc eo fit: quia hanc potestatem heres a testatore accepit. Cum enim penus ab initio legata est, simul potestas data est heredi penum dandi: hæc potestas semel data heredi ante litem contestatam non adimitur, quanvis penum debere desinat.

Idem † existimandum est fieri contrahentium conventione, cum similiter penus promissa est, et nisi promissor penum daret, promisit decem ita, ut hæc sola deberentur L. *stipulatus*, *in fin.* D. *de ver. obl.* Idem etiam probandum est in faciendi obligationibus: veluti, si quis promiserit se insulam ædificaturum, ubi receptum est, posteaquam transierit tempus, intra quod insula ædificari potuit, non jam factum deberi, sed pecuniam, idest, quanti stipulatoris interest, insulam suo tempore ædificatam esse L. *stipulationes non dividuntur*, *ver. Celsus*, D. *de verbor. obligat.* Et tamen in hoc genere placet promissorem ante litem contestatam insulam ædificantem liberari. L. *si insulam*, *D. de verbor. obligat.* Ergo liberari placet præstantem aliud quam debebat, pecuniam enim debere cœperat. Quomodo igitur, quæret aliquis, liberatur aliud pro alio invito creditori solvens, contra aut certe præter superiorem regulam juris? Intelligemus hanc esse caussam, quod promissor insulæ ædificandæ potestatem ab initio ex conditione stipulationis acceperit: licuit ei ab initio insulam ædificare. Hanc potestatem nulla cessatione sua amittit. Simile est, quod dicitur, alii quam creditori invito creditore solvi non posse. L. *invito*, *supra.* Nam et hoc nihilominus sic accipimus, nisi debitor potestatem alii solvendi ex conditione stipulationis ab initio acceperit: ut fit, cum promisit se stipulatori aut Titio daturum. Nam Titio revera nihil debetur, et tamen Titio invito stipulatore recte solvit, nimirum ex conditione stipulationis, *L. vero*, *D. hoc tit.*

Ad L.

Ad L. Inquisitio. 18.

Iidem AA. et CC. Domitio.

Inquisitio veritatis tolli non potuit, quod chirographa, quæ fecerat procurator tuus, recepta, tibique restituta ab ipsius herede proponas cum subscriptione procuratoris significante, quod nihil creditoribus debeatur: cum nihil prohibeat, et creditoribus satisfactum esse, et non vestræ pecuniæ, sed ipsius, cui negotium gerendum mandaveras, processisse solutionem. S. Idus Febr. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Chirographum a creditore redditum procuratori, et rursum a procuratore debitori, nihil aliud arguere, quam liberatum debitorem a creditore, non a procuratore.*
2. *Subscriptum a procuratore chirographo reddito, creditoribus nihil deberi, ad procuratorem ipsum non pertinere, si solverit de suo, et ita creditor debitoris, pro quo solvit, esse cœperit, et cur.*
3. *Falsum esse vulgare illud, oratione generali instrumenti non contineri eum, qui scribit.*

HOc dicit: cum procurator debitoris solvit creditoribus, et ab his postquam chirographa recepit, receptis subscripsit, creditoribus nihil deberi; deinde aut ipse, aut heres ejus ea debitori restituit: non idcirco hæc argumento sunt, satisfactum esse creditori de pecunia procuratoris. Quapropter si heres procuratoris pecuniam a debitore repetet, tanquam a procuratore eodemque decessore suo solutam, non ideo tolletur veritatis inquisitio, ut hic scriptum est. Quæ verba hanc significationem habent: in re dubia non statim fides habebitur heredi procuratoris dicenti procuratorem de sua pecunia solvisse creditori. Sed tamen si paratus sit id probare: audiendus est, et veritati locus supererit. Duo hic faciebant, cur videretur a debitore hæc pecunia repeti non posse, unde controversia. Primum quod illic chirographa reddita essent, chirographum autem a creditore redditum debitori probationem continet debitoris liberari. L. *pecuniæ*, *supr.* L. 2. D. *de pact.* Deinde quod procurator ipse de liberato debitore ultro professus esset. Quibus moveri non oportet. Chirographum debitori
1 † redditum debitorem liberatum arguere verum est; sed liberatum a creditore, cui pecuniam chirographo comprehensam debuit, non item a procuratore, qui chirographum reddit. Videndum est enim, qua mente isti chirographum reddant: quorum propositum liberationem distinguit. Creditor reddit, ut declaret debitorem a se liberatum, alioqui inutiliter redditurus. Procurator a creditore acceptum reddit debitori hac ipsa de caussa, ut declaret a creditore liberatum, non etiam a se; cum eo chirographo nihil tanquam procuratori debitum caveretur, quod chirographi redditione remitti ab illo oporteret. Quare nihil inde contra procuratorem colligi potest, quasi eo facto debitorem a se ulla ex caussa privata liberarit: cum nihil prohibeat eum reddere hoc chirographum, ut debitori consultum sit adversus creditorem, et nihilominus suas actiones proprias manere velle. *L. neque*, *supra de prob.* Neque vero factum cujusquam, præterquam quod ei propositum fuit, debet alio produci, et ut vulgo dicitur, actus agentium non debent ultra eorum intentionem operari. L. *non omnis*, D. *si cert. pet.*

Quod † autem procurator chirographo subscripsit nihil creditoribus deberi; probabilius 2
dici potest, hanc subscriptionem procuratori nocere debere. Nam aut inter creditores debitoris hic procurator erat, aut non erat. Si non erat, nihil est, quod a debitore repetat. Sin erat, verba confessionis ejus eum excludunt. Professus est enim creditoribus nihil deberi, et ipse creditor est: ac jus facit, ut quisque confessioni suæ stare debeat: L. *generaliter*, *supr. de non num. pec.* Sed negandum est his verbis, *creditoribus nihil deberi*, contineri procuratorem. Esto enim, generalis sit hæc oratio, *creditoribus nihil deberi*: nunquam tamen generalis oratio intelligitur ad alia pertinere, quam ad ea, de quibus prius specialiter actum est. *L, si de cer-*

certa, *supra*, *de transact.* In chirographis autem, in quibus erat hæc subscriptio, non agebatur de procuratore, sed de iis creditoribus, ad quos chirographa pertinebant. Proinde et cum creditores illic nominantur, ejus
3 loci creditores intelligendi sunt. Est † autem ineptum, quod ad explicandam hujus loci difficultatem vulgo hic affertur, in quam sententiam etiam vulgo hic locus allegari solet: nempe oratione generali non contineri eum, qui scribit. Cur quæso, si verbis orationis scriptor continetur, et nihil aliunde affertur de scribentis sententia? Et certe contra probatur in L. *fidejussor*, §. 1. D. *de pig.*

Ad L. Si Actore. 19.

Eadem sententia, quæ L. 4. *supra.*

Ad L. Si operas. 20.

Iidem AA. et CC. Eucrati.

Si operas certi servi pro pecunia sumpta sibi in debitum compensare placuit creditori: his secundum conventionis fidem præstitis de mancipio restituendo pacti tenor servari debet. S. V. Kal. Nov. Hadrianop. CC. Coss.

Debitor pro eo, quod debebat, creditori servum dedit, ut ejus operis uteretur, quoad tantum percepisset operarum, quantum sufficeret ad id efficiendum, quod debebatur: convenitque; ut eo percepto servus restitueretur. Placet, ubi tantum perceperit creditor, quantum debebatur, primum liberatum esse debitorem, *juxta* L. *manifesti*, *supr.* deinde servum ex pacto repeti posse. Nam id pactum esse servandum, L. *legem*, *sup. de pact.* Est autem in eam rem actio in factum, seu præscriptis verbis: quoniam pactio nuda non est, sed debitor fecit, ut creditor faceret: dedit servum fruendum, ut cum creditor fructum percepisset certi temporis, servum redderet. *d.* L. *legem*, L. *solent*, *D. de præs. ver.*

Ad L. Interest. 21.

Vide, quæ diximus ad *L. si inter*, 6. *supr.*

Ad L. Inductum. 22.

Vide *L. pecuniæ*, 14. *supra.*

Ad L. Si literarum. 23.

Et hic locus expositus est ad *L. si inter*, 6. *supr.*

Ad L. Penult. et Ult.

Hic loci expositi sunt ad L. *rem*, 16. *supr.*

AD TITU-

AD TITULUM XLIV.

COD. DE ACCEPTILATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Acceptilatio quid.*
2. *Acceptilatione tolli obligationes ipso jure, sed solum verbis contractas.*
3. *Aquiliana stipulatio quid, et ejus usus ad acceptilationem.*
4. *Acceptilationem inutilem pactum habere, nisi aliud actum probetur.*

1 Acceptilatio † est verborum conceptio, quibus creditor a debitore interrogatus, an quod promissum est acceptum habeat, acceptum ferat: respondet, se habere acceptum, acceptum ferre: hæc illa sunt solemnia verba, quæ nominantur in L. 1. *hic.* Definitio declaratur in §. *item per acceptilationem*, *Instit. quib. mod. tol. oblig.*
2 Acceptilatione † liberatur debitor, et quidem ipso jure, ita ut nulla amplius agendi via supersit creditori, ut declaratur L. *pen. ult. hic.* Sed hoc modo tolluntur duntaxat obligationes verbis contractæ; cæteræ nullo modo. *d.* §. *item, vers. quod genus.* Quod conveniens est regulæ juris, qua efficitur quibus quidquid modis contractum est, iisdem in contrarium actis dissolvi. L. *nihil tam, et* L. *fere, D. de reg. jur.*
3 Enimvero † quod recta non possumus in cæteris obligationibus, id obliqua via consequimur. Nam inventa est stipulatio, in quam deducantur veteres obligationes et actiones cæteræ, tam in rem, quam in personam: quæ stipulatio dicitur ab auctore Aquiliana. Exstat formula *in d.* §. *item.* Hæc autem stipulatio interponitur novandi animo: ut scilicet novatione priores obligationes tollantur, et sola maneat nova obligatio stipulatione Aquiliana contracta, quæ deinde acceptilatione secuta perimatur. Hinc est, quod novationis fit mentio in hac stipulatione interponenda in *L.* 2. *hic.* Hinc etiam, quod cum de acceptilatione agitur, tam multis locis conjunguntur hæc, Aquiliana stipulatio, et acceptilatio secuta. L. *ult. hic*, L. *ut responsum*, L. *ubi sup. de transact.* L. 2. L. *cum Aquiliana*, *D. de transact.*

Ex his apparet duas res acceptilationi obstare, si desint: solemnitatem verborum, et obligationem præcedentem, si ea aliter contracta sit, quam verbis, ad quam dissolvendam subjecta sit acceptilatio. Sed † quæcunque acceptilatio ex his caussis jure summo est inutilis, eam hactenus utilem esse placet, ut debitor pacto liberetur, quia inutilis stipulatio pactum habeat. L. *si unus*, §. *ult. D. de pact. L. an inutilis, D. hoc tit.* Sed et hoc ita, nisi aperte constet non fuisse creditorem hoc animo, ut pacisceretur, ut est in *d. L. an inutilis.* Utrum debitor acceptilatione liberetur, an pacto, hoc interest, quod acceptilatione vetus obligatio et actio penitus tollitur: pacto non tollitur, sed infirmatur per acceptilationem, §. *præterea*, *Inst. de except.* Quem id effectum habeat, et quam conveniat ista distingui, refragante, ut videtur, regula juris, L. *nihil interest*, *D. de reg. jur.* requirere ex L. *creditori.* 5. *sup. de pact.* ubi pluribus quale hoc jus esset, esposui. 4

Ad. L. Jam 1.

Imp. Antoninus A. Apronio.

Jam tibi scripsi, posse apud judicem quæri, an solemnibus verbis tutoris auctoritate interveniente, soror tua acceptilatione debitorem suum liberaverit. Quare si in repetenda pecunia, quam exsolvit, diversa pars perseveraverit: uteris defensionibus competentibus PP. III. Id. Feb. Duob. et Aspris Coss.

Pupilla a debitore suo pecuniam accepit ea lege, ut debitorem per acceptilationem liberaret: quem deinde liberavit, auctoritate tutoris interposita. Ea decessit fratre

tre herede relicto, qui nunc consulit Imperatorem. Ab eo fratre debitor pecuniam a se solutam repetebat tanquam ob caussam datam caussa non secuta, quod diceret se dedisse, ut liberaretur per acceptilationem: se autem liberatum non esse, cum minor possit in integrum restitui: nemo autem videatur vetere actione exclusus, quem prætor in integrum restituturum se pollicetur. *L. nemo, D. de in integ. restitut.* Consultus Antoninus rescripsit, debitorem pecuniam repetere non posse, si modo sit liberatus solemnibus verbis, et accesserit auctoritas tutoris. Et recte: hæc enim sufficiunt ad debitorem liberandum. Nec debet in proposito metuere debitor restitutionem: quia, ut minor, aut heres ejus restituatur, non est satis minorem esse, sed etiam læsum esse oportet. Hic autem minor læsa non est, quæ pecuniam debitam accepit. Atque hæ sunt defensiones competentes, quæ hic commemorantur, et quibus dicitur fratrem pupillæ heredem usurum esse.

Ad L. 2. et L. ult.

Exposui initio hujus tituli.

AD TITULUM XLV.

COD. DE EVICTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Venditorem ob evictionem rei venditæ teneri judicio empti.*
2. *Evincere quid.*
   Non evinci rem, quæ emptori non aufertur, quamvis constet alienam, aut pignori obligatam. ibidem.
3. *Non evinci rem, nisi quæ aufertur judicio.*
4. *Non evinci rem, quæ aufertur judicio emptoris culpa, aut injuria judicis.*
5. *Evictio in summa quibus rebus contineatur.*
6. *Evictionis nomine quæ actio, cui, in quem, cujus rei gratia.*

1 QUæstio de evictionibus hinc nascitur. Sic † jus est de obligatione venditoris, venditorem rem venditam tradere debere, et insuper evictionis nomine obligari: idest, si res vendita evicta erit, teneri eum emptori, ut evictionem, idest, evictionis periculum et damnum præstet. Hoc jus traditur in L. *ex empto, in pr. D. de act. empt.* item, in *L.* 6. *inf. hic.* Ut vel hinc liquido appareat, hanc obligationem partem esse obligationis empti et venditi, et ad eam partem juris debere referri. Hoc jure posito quæritur de evictione, ac primum quando res evicta intelligatur. Quæstio in eo est, quid sit evincere, et quibus rebus evictio contineatur.

2 Evincere † est rem jure judicioque possessori auferre. Est, *auferre*, ut intelligamus, quantumvis res vendita aliena sit, aut pignori obligata, idque constet: tamen emptorem adversus venditorem regressum non habere rei venditæ nomine, quamdiu res illi ablata non erit, seu quamdiu illi rem venditam habere licebit sine cujusquam interpellatione: scilicet quia non est evicta, quæ ablata non est. *L. habere, D. eod.* L. 3. *hic.* Hoc autem indicat particula e, in verbo *evincere.* Hæc enim particula motum significat, ut sit evincere, ita vincere, ut ea victoria aliquid a victo in adversarium transferatur. Est † *auferre judicio*, ut intelligamus, si quoquomodo res perierit emptori, aut etiam ablata sit aliter, quam judicio, evictam non videri: ac proinde ejus rei periculum a venditore non præstari. L. *si servus.* 21. *in princ.* illic, *quanvis*, *D.* eod. L. *atqui*, §. *omne*, *D. de neg. gest.* Hæc quoque sententia verbo vincendi efficitur. Nam victoria certamen præcedens significat. Duplex autem certatio est inter aliquos, una quæ fit vi; altera quæ judicio. Prior omni jure prohibita: posterior justa et legitima. L. *exstat*, *D. quod met. caus.* Jure autem vincere cum dicimus, verbo juris legitimam certationem et legitimam victoriam intelligimus. Est † *auferre judicio et jure*: quod et ipsum vincendi verbum significat. Is enim vincit, qui ratione vincit. Hoc eo pertinet, ut intelligatur re vendita judicio evicta, sic evictionem præstari a venditore: si ob id res evicta sit, quia esset actoris, aut esset ei pignori obligata: cæterum si res aut

culpa

culpa emptoris evicta sit, aut evicta injuria judicis: his rebus effici, ut venditor evictionis nomine non teneatur. De culpa emptoris est in L. *emptor*, *infr.* de injuria judicis est in L. *si non injuria*, *infr. et d.* L. *emptor*, *in fin. eod.* Quæ † si ita sunt; apparet evictionem tribus his rebus contineri. Primum, ut res vendita emptori ablata sit. Tum, ut judicio ablata, et controversia mota. Postremo ut ablata neque culpa emptoris, neque judicis injuria, sed tantum ob id, quod res esset petitoris aut illi pignori obligata. Quorum aliquid si deest, emptor adversus venditorem de evictione regressum non habet, omnibus his concurrentibus habet. Quo † 6 constituto, quæritur deinceps, quæ in eam rem sit emptori actio, cui detur, in quem, et cujus rei gratia, de quo multis rescriptis hoc titulo agitur: sed summa indicatur in L. *si tibi*, 26. *infr.*

Ad L. Emptor. 3.

Impp. Severus et Antoninus AA. Munitio.

Emptor hereditatis rem a possessoribus sumptu ac periculo suo persequi debet. Evictio quoque non præstatur in singulis rebus, cum hereditatem jure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit. PP. VI. Kal. Martii. Severo A. III. et Victorino Coss.

SUMMARIA.

1. *Venditorem hereditatis res hereditarias, quæ ab aliis possidentur, nec persequi debere, et multo minus suo sumptu, et cur.*
2. *Solum in hoc teneri, ut cedat actiones suas periculo emptoris.*
3. *Rebus hereditariis singulis evictis venditorem ob evictionem non teneri, et cur.*
4. *Probandum idem, etsi res omnes hereditariæ sint evictæ.*
5. *Universitate qualibet vendita, ut grege, armento, peculio, idem jus esse rebus singulis ex ea universitate evictis.*
6. *Qui affirmavit res aliquas esse hereditarias, eum de evictione earum rerum teneri; quasi ita convenisset.*

1 VEnditor hereditatis † res hereditarias, quæ ab aliis possessoribus tenentur, suo sumptu persequi non debet, sive eas nondum tradiderit, sive tradiderit, et exciderit emptor earum possessione, et quidem sine culpa sua. Quod hic satis aperte significatur initio, dum statuitur, emptorem hereditatis id ipsum sumptu et periculo suo facere debere. Hic statim occurritur ex eo jure, quod de rebus venditis constitutum est: quo efficitur venditorem rem venditam tradere debere, ac nisi tradat, in id quod interest emptoris, teneri. L. 1. *in pr. L. ex empt. in pr. D. de act. empt.* Dicendum est, vendita hereditate id jus ad res hereditarias non pertinere.

Nam res hereditariæ non sunt hereditas. *Inst. de reb. corp. et incorp.* idque est, quod pro ratione subjicitur in rescripto, *cum hereditatem jure venisse constet.* Hereditatem, dictum, ut ex conditione rei incorporalis intelligeremus, hereditatem venditam esse; non res singulas, ut dixi: proinde et hereditatem præstari necesse esse, non etiam oportere res singulas. Imo et res singulas hereditarias tradere venditorem debere, diserte scriptum est in *L. qui filiifam. D. de her. vel act. vend.* Quod si debet, etiam debet persequi suo sumptu. Nam nisi prius eas consecutus erit: tradere emptori non potest. Sed quod illic dicitur, sic interpretandum est: si modo venditor res hereditarias habeat in sua potestate, aut dolo fecerit, quominus haberet. Nam is locus, et similes referri debent ad eam definitionem, quæ est in *L.* 2. §. *non tantum*, D. *de her. vel act. vend.* ex qua etiam pendet hujus rescripti ratio: nempe venditorem hereditatis emptori præstare debere id, quod ad ipsum pervenit ex hereditate, aut dolo fecit, quo minus perveniret. Cui congruit, ut si ipse habeat res hereditarias, eas et tradere debeat.

2 Sin † neque habeat, neque habere potuerit, nihil amplius debeat præstare emptori, quam actiones suas, ut significatur in *d.* L. *qui filiifamilias*, *in pr. de her. vel act. vend.*

vend. Quod si verum est, venditor actionibus suis emptori cessis liberatur: sic enim præstat, quod debuit, *L.* 51. D. *de pec.* Et quia liberatur, idcirco res amplius persequi non debet, quod si non debet simpliciter persequi, multo minus debet suo sumptu. Ita fit, quod hic dicitur initio, ut emptor hereditatis res singulas a possessoribus sumptu suo persequi debeat, siquidem velit eas habere. Additur eum persequi debere, et periculo suo. Quod hanc significationem habet: quanvis eas res non consequatur a possessoribus, tamen eo nomine adversus venditorem hereditatis actionem non habet, neque de pretio earum rerum, neque de sumptibus in
3 litem factis. Ut † autem venditor hereditatis res singulas hereditarias emptori tradere non debet: ita non dissimili ratione efficitur, quod subjicitur, ut evictio quoque non præstetur ab eo in rebus singulis: idest, ut rebus emptori traditis, quæ erant, aut putabantur hereditariæ, si hæ emptori evincantur, venditor evictionis periculum non præstet. Sic enim jus esse diximus de evictione, ut venditor teneatur ob evictionem, sed his conditionibus: si evicta sit res vendita, et evicta non injuria judicis. Atqui res singulæ hæreditariæ non sunt venditæ, sed hereditas, quæ ratio hoc quoque loco in hanc partem redditur: *cum constet*, *ait rescriptum*, *hereditatem jure venisse.* Sed finge venisse res singulas. Tamen illud constabit non venisse, nisi hereditarias. Atque hac ratione nunquam præstabit venditor evictionem rei evictæ. Vis enim non esse hereditariam? non debetur ejus evictio: quia non est vendita. Vis hereditariam esse? tamen ideo non debebitur: quia necesse est hoc modo evictam esse injuria judicis, quo casu negamus evictionem præstari. Hic autem emptorem injuriam a judice passum esse sic facile intelligetur. Nam si hereditaria fuit, heres ejus rei dominus factus est. L. *cum heredes*, *D. de acq. poss.* Si dominus: re emptori tradita, simul in eum dominium transtulit. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Emptori domino res sine injuria avocari non potest. L. *id quod nostrum*, D. *de reg. jur.* Adeoque verum † est, evictionem rerum singularum a venditore hereditatis non præstari: 4
ut probandum sit, quod Joannes vetus interpres putavit, ne sic quidem ab eo præstari debere, quanvis res omnes hereditariæ, aut quæ hereditariæ putabantur, sint evictæ. Nam et singulis rebus hereditariis omnibus evictis, nihilominus manet hereditas, quæ et vendita est, et præstatur: hereditas enim sine ullo corpore juris intellectum habet. L. *hereditas*, *D. de petit. her.* idest, intelligitur jus esse etiam sine ullo corpore. Porro hereditas solum vendita est, non res singulæ. Hæc † sententia generalis est, pertinens 5
ad omnes universitates venditas: veluti, si peculium venditum sit, si grex, si armentum, et quid ex rebus singulis, quæ ejus universitatis esse putabantur, evictum fuerit, quod declaratur exemplo peculii in L. 5. *D. eod. tit.*

In his semper conventio excipienda est, ut hic sit. Si convenit, ut venditor rerum singularum evictionem præstaret, conventio præstanda est: idque vel maxime ex judicii empti et venditi natura, quod cum sit bonæ fidei, maxime conventorum veritatem desiderat. L. *ex empto*, D. *de act. empt.* Conventionis † species est, si venditor de sub- 6
stantia hereditatis affirmavit: *L. nisi*, D. *hered. vel act. vend.* id est, si venditor dixit nominatim has et illas res esse hereditarias. Quare si postea hæ res evincantur, evictionem præstabit: ita affirmavit, ut præstaret: quippe propter eam affirmationem pluris vendidit. *L. sciendum* §. 1. *D. de ædil. ed. L. ea qua*, *in princ. D. de cont. empt. et vend.*

Ad L.

Ad L. Quoniam. 2.

Iidem AA. Quartæ

Quoniam avus tuus, cum prædia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex caussa stipulationis consistere ob evictionem prædiorum, pro portione scilicet hereditaria. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri certum est. PP. II. Kalend. Mart. Antonino A. 2. et Geta. II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Donata re evicta donatorem evictionis nomine non teneri, et generaliter, quæ de præstationibus empti et venditi constituta sunt, ad res donatas non pertinere, et hoc quam recte.*
2. *Donatorem qui sciens rem alienam donavit, re evicta teneri de dolo, sed tamen de sumptibus dumtaxat, quos donatarius in eam rem fecerit.*
3. *Actio de dolo, quæ adversus donatorem fraudulentum competit, quantum distet ab actione, quæ competit ob ejus rei evictionem.*
4. *Donatorem evictionem rei donatæ præstare, si stipulatione caverit, se præstiturum, non si nudo pacto convenerit.*
5. *Cum sine stipulatione paciscitur donator, se evictionem præstiturum, quanvis in donando id fecerit, nihilominus nudum pactum esse, quo non tenetur.*
6. *Non mutari hanc sententiam in* L. si quis argentum, §. penult. inf. de donat. *quia nec simile pactum sit de re pacto donata tradenda, vel si simile esset, lex jus vetus emendans producenda sit ad consequentias.*

1 Constitutio juris certi est † diserte confirmata hoc loco: re donata donatario evicta, quod aliena donata esset, donatorem ei extra conventionem evictionis nomine non teneri. Ex quo intelligimus, quod de evictione præstanda constitutum est in venditione, id ad res donatas non pertinere: uti placet, nec cætera, quæ a venditore exiguntur. *L. ad res donatas*, D. *de æd. ed.* Jus æquissime constitutum. Nam aut donatarius rei evictæ prætium repetere volet a donatore? aut sumptus a se in eam rem factos, quos facturus non esset, si scivisset rem esse alienam. Pretium repetere non potest: quandoquidem hoc ei non abest, qui propter rem nihil in donatorem contulit: quod secus est in emptore, qui pro re vendita dedit pretium. Sumptus a se factos justius videbatur repetere posse, quia alia caussa est damni, alia adventitii lucri, *L. non debet actori*, §. 1. *D. de reg. jur.* Sed et hos a donatore, qui nihil dolo fecit, repeti iniquum est. Neque enim donator liberalitatis suæ pœnam pati debet, ut est in *d.* L. *ad res donatas*; ductum ex hac æquitate naturæ, qua placet nulli officium suum debere esse damnosum. L. *sed si quis*, *D. testam. quem. ap.* L. *si servus*, §. *quod vero, in fin. D. de fur.* Nihil tale dici potest de venditore, qui in re vendita præstanda non confert beneficium in emptorem, sed id præstat, quod jure obligationis præstare necesse habuit.

Sane † si quis sciens rem alienam esse, ignoranti donaverit, et sic res evincatur: habet deceptus de dolo actionem adversus donatorem, si quos sumptus in eam rem fecerit. L. *Aristo*, §. *ult. D. de donat.* Sed ne sic quidem efficitur, ut vel hoc casu donatario præstetur evictio. Quia enim de dolo actio est, non potest ei competere, nisi quatenus deceptus est a donatore. At non est deceptus in pretio et æstimatione rei donatæ. Non enim propter dolum æstimationem rei amisit; sed ideo, quia res aliena erat: idem passurus, etsi donator ignorans rem alienam donasset. Quare ne hoc quidem casu re evicta donatarius de æstimatione rei recte aget, cui in eam rem ne actio quidem de dolo competit. In eo fraudatur donatarius, si quos sumptus fecit in rem donatam: quos si rem alienam esse scisset, non esset facturus. Et hactenus erit ei de dolo actio, ut hos sumptus, et quidquid eo nomine illi abest, a donatore reciperet. dicta L. *Aristo*, §. *ult. D. de don.* 2

Sed † et hic vides, quantum distet hæc actio ad sumptus recipiendos ab ea actione, quæ ob evictionem competit in id, quod actoris interest. Quia hic de dolo actio est, hinc intelligimus, si donatarius dum res ab eo vindicatur, eos sumptus a petitore retinere 3

re potuit doli mali exceptione opposita, de his postea adversus donatorem agere non posse. Potest autem eos sumptus, si utiles fuerint et si rem possidebat, servare a petitore, L. *sumptus*, *D. de rei vind.* Id si non fecit, doli actionem adversus donatorem non habebit.

Quisquis enim rem salvam habere potest ullo alio remedio, quam actione de dolo, placet eum actionem de dolo non habere, quamvis ad servandam exceptionem tantum habuerit, L. 1. §. *ait prætor*, D. *de dol.* Nec interest, utrum donatarius exceptionem adhuc habeat ad sumptus servandos, quos fecit, an vero eam amiserit sua culpa, ut hic contingit, *d.* L. 1. §. *pen.* D. *de dol.*

4 Una est ergo † conventio, quæ donatario re donata evicta actionem ob evictionem possit præstare. Sed hoc præstat non omnis: qua in re est distinctio hujus rescripti: ut si quidem donator de evictione cavit donatario, teneatur eo nomine: si tantum convenit, ut præstaret, idque nudo pacto, non teneatur. Si cavit, sic interpretandum est ex significatione verbi usitata: si per stipulationem cavit, sive si stipulanti promisit se evictionem præstiturum. L. *sancimus*, D. *de verb. sign.* Distinctio ex jure certo sumpta. Nam ex stipulatione jure civili actio nascitur, §. *de constituta*, *Inst. de act.* Ex pacto autem nudo non nascitur, L. *jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimo*, L. *divisionis*, D. *de pact.* L. *legem*, *supr. de pact.* Tale est autem pactum, cum circa stipulationem donatarius pactus est sibi a donatore evictionem præstari. Id enim pactum non nudum dicitur, cum quis dedit, aut fecit quid ea lege et pacto interposito, ut vicissim sibi quid daretur, aut fieret. Contra ubi pactus est sibi quid dari, aut fieri, neque prius quidquam dedit, aut fecit ea lege, ut illud, de quo pactus est, sibi præstaretur, id pactum nudum dicitur, *d.* L. *legem*, *supr. de pact.* nudum, idest, solum: quod nihil habet ad obligationem contrahendam præter conventionem.
5 Hujusmodi, † inquam, pactum est, cum donatarius paciscitur sibi evictionem præstari, quanvis id paciscitur tunc, cum res ei donatur. Nam is nihil prius donavit, aut fecit donatori ea lege, ut sibi ea evictio præstaretur, sed contra a donatore accepit. Pactum igitur nudum est ex superiore definitione, ex quo genere jure civili non nascitur actio.

6 Hoc loco † quæsitum est, num hoc jus mutatum sit constitutione Justiniani, L. *si quis argentum*, §. *pen. inf. de don.* quoniam illic constitutum est noviter a Justiniano, ut ex solo pacto de donando obligetur donator in hoc ut rem tradat, quam se donare dixit, idque ad exemplum venditionis. Vulgo placet ea constitutione ab hoc rescripto recessum esse, et ex pacto solo vel de donando, vel de evictione rei donatæ præstanda donatorem æque teneri, atque si stipulatione cavisset. Mihi falsum videtur. Et constat hujus sententiæ ratio. Necesse est enim, quod hic constitutum est, ex jure publico manere, nisi aperte et specialiter sublatum sit. L. *præcipimus*, *in fi. supr. de appell.* Non mutatur autem hoc jus superiore constitutione Justiniani. Nam sic ille vult ex pacto de donando obligari donatorem: ut ubique nominatim adjiciat se velle ad hoc ut donator rem tradat, quemadmodum in venditione venditorem tradere oporteret. Ex quo colligitur, si donator rem, de qua donanda pactus est, tradiderit donatario, legi Justiniani satisfactum esse, eoque et donatorem liberari. Cui rursus consequens est, si postea res tradita evincatur, evictionem a donatore non debere præstari, quia nihil de eo cautum sit lege Justiniani; et quia prius donator liberatus sit tradendo, ut diximus. Sed et hoc evidenter efficitur ex sententia ejus constitutionis. Apparet enim Justinianum voluisse, eum, qui pactus est de donando, ex hoc pacto teneri, ut ita rem tradat, ubi traderet, si ultro donasset. Denique non vult ex hoc pacto donatorem amplius teneri, quam ut faciat, quod faceret, si sua sponte rem tradidisset. At omnibus interpretibus consentientibus si donator ultro sine pacto rem donaverit, et tradiderit, ea evicta non tenetur. Quare nec tunc tenebitur, cum ex pacto tradiderit. Nihil ad rem pertinet, quod Justinianus voluit hoc pactum actionem parere, atque hoc modo pactum stipulationi comparari. Sane enim hic comparat: sed videndum est, quatenus: ne ultra, quam voluit, ejus constitutionem producamus ad jus vetus emendandum. Dedit ex hoc pacto actionem tantum, ut res traderetur, non etiam ut ea re evicta præstaretur evictio. Quapropter et intra hos finem consistere debemus: nec de re evicta ex pacto actionem dabimus, de quo ille nihil cavit. At enim utrumque pactum alteri simile est; est enim utrumque de re donata: prius de tradenda; posterius de retinenda, et perpetuo habenda. Proinde et in hoc posteriore, dicet aliquis, jus idem statuendum, L. *illud*, D. *ad leg. Aquil.* Sed non est in utroque par ratio ejus tuendi. Ut rem tradat donator ex pacto, nulla ejus injuria

juria est, certe nulla pœna, sive res ejus est, sive est aliena, cum tradere possit, quam apud se habet. At re aliena forte donata si evicta sit, id agi pacto: ut id periculum donator præstet: hic vero ejus damnum et pœna versatur: et iniquum est eo casu quemquam liberalitatis suæ pœnam pati. Hoc Modestinus de hujusmodi præstatione scribit in dicta L. *ad res donatas*; D. *de æd. ed.* Sed demus et pacti de re donata tradenda, et pacti de ejus evictione præstanda eandem rationem et æquitatem esse. Non tamen istis concedendum est, quod de priore constitutum est ut valeat, idem quoque admittendum id posteriore. Prius enim admissum est a Justiniano contra juris communis de pactis rationem. Proinde certo jure utimur, ut non sit producendum ad consequentias; etiam in quibus videatur eadem ratio, L. *quod vero*, D. *de legib.* Postremo illud tenendum est, quod supra dixi, cum quid immutatur ex priore jure, si quid specialiter immutatum non sit, id veterum legum constitutionum regulis relinqui oportere, ut diserte cautum est in *d.* L. *præcipimus*, *in fin. supr. de app.*

Ad L. qui rem. 3.

Idem AA. Aureliano,

Qui rem emit, et post possidet: quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena, vel obligata dicatur, convenire non potest. PP. VIII. Kal. Aug. Faustino et Rufino Coss.

SUMMARIA.

1. *Quandiu res vendita tradita emptori evicta non est, tandiu cum venditore nullam actionem esse, quanvis constet rem alienatam, aut pignori obligatam esse, idque esse perpetuum.*
2. *Quam varie consistere possit emptor adversus venditorem, etiam re nondum evicta: sed quam hoc nihil superiori sententiæ, quæ hujus loci est, adversetur.*
3. *Venditorem rem venditam tradendo quamvis alienam liberari: cæteros debitores qui rem debuerunt, nullo modo; et differentiæ ratio.*

1 CErti juris est, re vendita † emptori evicta emptorem adversus venditorem evictionis nomine actionem habere, L. 5. *infr.* Quid si res nondum evicta sit: constet tamen aut alienam esse, aut pignori obligatam, aut hominem, qui venditus est, liberum esse, et in libertatem proclamare posse: denique rem venditam in ea caussa esse, ut emptori avocari possit? An emptor venditorem suum possit eo nomine convenire vel in id, quod sua interest rem perfecte suam factam esse, vel ut sibi pretium restituatur, quæritur. Constituitur hoc loco, non posse; idque est, quod in L. *ex empto*, *in prin. D. de actio. empt.* traditur, venditorem rem solum tradere debere: si tradiderit, quanvis alienam, ita liberari, ut tantum evictionis nomine obligetur. Nihil est hac sententia verius, neque rotundius. Multa colligit Accursius in glossa, quæ ipse pro contrariis citat: ad quæ explicanda hac ratione utitur, ut dicat ea certam rationem diversitatis habere. Non recte: non quod emptor adversus venditorem suum non possit multis de caussis consistere, etiam re nondum evicta; sed quod nihil eæ caussæ adversentur huic loco, utpote quæ omnes verbis hujus rescripti satis removeantur. Nam in eo nihil otiose scriptum est. Id ut intelligatur, sic habendum est.

Emptor † venditorem suum etiam re nondum evicta convenire potest, sed ob alias caussas, quam quod res aliena, aut pignori obligata sit. Rursum ob hanc ipsam caussam, quod res aliena est, aut pignori obligata, potest emptor consistere adversus venditorem suum; sed non ut petat sibi ab illo aliquid dari, vel restitui, sed ne ipse cogatur postea quid dare ei, aut ab eo accipere: quod excipiendo consequitur, non conveniendo. Convenire debitorem suum potest, sed re non tradita, ut sibi tradatur, L. 1. *in pr. D. de act. empt.* Quod si venditor alienam offerat, aut pignori obligatam, est in potestate emptoris non accipere: quod fit recusando non venditorem conveniendo. L. 5. L. *si post perfectam*, *infr. eod.* Nunc autem hoc rescriptum vetat, ne emptor conveniat venditorem. Item re tradita potest emptor petere a venditore, ut repromittat sibi 2

sibi rem habere licere. L. *ex empto, in pr. et* §. *venditorem etiam*, D. *de act. empt.* Hoc amplius potest petere, ut venditor eo nomine duplam, aut simplam repromittat pro ea distinctione, quæ legitur in L. *emptori*, *D. de evict.* Sed nihil hæc ad hunc locum. Non enim petitur hæc repromissio, quod res aliena sit, sed quod sine his non videatur tradita. Nam etsi res esset venditoris, tamen promittere cogeretur. Præterea si venditor sciens rem alienam ignoranti emptori vendidit, et tradidit, placet statim emptorem agere posse adversus venditorem in id, quod sua interest. L. 4. *in pr.* L. *servus quem*, §. *ult. D. de pact. empt.* Sed hoc non eo fit tantum, quia res aliena vendita est; sed quia emptor deceptus est: non acturus alioquin, si deceptus non esset, quantumvis res aliena esset vendita. Nihil est igitur verius, quam quod hic dicitur, re vendita tradita emptorem non posse agere adversus venditorem suum, non simpliciter; sed ob eam caussam, quod res aliena est, aut pignori obligata. In quo cum lex inhibeat tantum actionem adversus venditorem et eam ex superiore caussa: apparet, si emptori licet consistere adversus venditorem alio modo, quam agendo, et ob aliam caussam, quam supra scriptam: nihil his contrarium dici in hoc rescripto. Sane si convenerit inter emptorem et venditorem, et simulatque controversia mota erit de re vendita, liceat emptori adversus venditorem eo nomine agere: conventio servanda est, L. *sive in libertatem*, 12. *hic.* Sed ne hoc quidem huic loco aversatur, in quo respondetur de iis, quæ secundum naturam empti et venditi præstanda sunt, aut non sunt. Ea autem natura conventione mutari potest: nam contractus ex conventione legem accipiunt, L. 1. §. *si convenit*, *D. depos. L. contractus*, *D. de reg. jur.*

3 Illud † animadvertendum est, quod placet, re quanvis aliena aut pignori obligata tradita, non eo magis venditorem ab emptore conveniri posse, in venditore recte dici: ad cæteros debitores, qui rem aliquam præstare debeant, non pertinere. Liberatur venditor, quanvis rem alienam dando, propterea quod in hoc solum obligatur emptori, ut ei rem tradat, et ei habere licere præstet: quod fieri intelligitur, quandiu res vere emptori evicta non sit. dicta L. *ex empto in prin. et* L. *servus quem.* 30. §. *ult. D. de actio. empt.* Cæteri debitores, qui rem aliquam debuerunt, idest, qui debuerunt dare creditori suo vel ex stipulatu vel ex legati caussa, vel dotis, et similibus, in ea caussa sunt, ut si rem alienam aut pignori obligatam creditori suo solverint, denique eam quæ perfecte non fiat accipientis: placeat nullo modo eos liberari, sed creditori pristinam actionem manere, qua statim agere possit, ut sibi ea res, quæ debebatur, præstetur: L. *cum quis*, §. *qui hominem*, *D. de solut.* nimirum quia et hoc conditio obligationis facit. Nam dare est dominium transferre. §. *sic itaque*, *Instit. de act.* Unde qui promisit se fundum daturum, dicitur in id obligari, ut omnimodo rem faciat accipientis, L. *ubi autem*, §. *ult. D. de verb. oblig.* Non dat aut rem, aut dominium ejus transfert, qui eam rem dat, quæ jure potest creditori avocari. Proinde debitor ita dando non præstat, quod debuit: ex quo etiam efficitur, ut non liberetur: quoniam tollitur quidem solutione obligatio, sed solutione ejus, quod debetur, *Instit. quib. mod. tol. obl. in prin.*

Ad L. Si prædium. 4.

Imp. Antoninus A. Georgio.

Si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum, caussa pignoris mutata non est. Igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet. PP. II. Kal. August. Duobus et Aspris Coss.

SUMMARIA.

1. *Extra emptionem, aut si qui sunt contractus emptioni similes: actionem ob evictionem non esse.*
2. *Pignore in solutum dato cur non videatur contrahi emptio.*
3. *Re in solutum data emptionem contrahi videri, et hinc ea re evicta creditori esse actionem utilem ex empto ob evictionem.*
4. *Emptor ab eo, qui in solutum accepit, cur distinguitur.*

5. Re

5. *Re in solutum data evicta veterem actionem creditori manere: sed nihilominus ei actionem utilem ex empto competere: et quid intersit, hac an illa creditor experiatur.*

QUI centum debebat, prædium volenti creditori in solutum dedit. Id prædium cum aliis creditoribus obligatum esset: ab iis postea ei creditori, cui datum erat, judicio evictum est. Quæsitum est, an is creditor prædio evicto actionem habeat adversus debitorem ob evictionem in id, quod sua interest? Sed hanc quæstionem præcedit illa necessario: an cum debitor prædium creditori in solutum dedit, sublatum sit eo prædio pignus aliorum creditorum, an vero manserit?

Nam si mansit, jure ab illis evinci potest, et ita locus fieri actioni ob evictionem. Quod si sublatum est pignus ea alienatione, non potuerunt creditores, quibus obligatum erat, id prædium jure evincere. Quo fiet, ut si evincant, id contingat injuria judicis, non actorum jure. Injuriam autem judicis actor non præstat ei, cui rem tradidit, etiamsi tradiderit ex caussa emptionis. *L. si per imprudentiam*, *D. eod.* L. *emptor*, *infr. hic.* Quamobrem et de eo respondetur hic primo loco, ut sic deinde recto ordine perveniatur ad quæstionem de evictione. Placet ergo prædio in solutum dato, nihilominus caussam pignoris aliis creditoribus constituti integram manere: quod rescriptum est ex jure certo, quod est in *L. debitorem*, L. *distractis*, *supr. de pig.* *L. si debitor*, *supr. de distract. pign.* Ex quo intelligitur, si creditores postea prædium evincant, jure ab illis evictum videri: ac proinde nihil esse in alienatione debitoris, quod impediat actionem de evictione. Hoc posito, tamen adhuc dubitabitur, an creditor, cui prædium evictum est, possit agere ob eam evictionem adversus debitorem: nec abs re dubitatur. Nam si in proposito emptio contracta non est, creditor nullam actionem habet evictionis nomine. Primum, quia de eo nihil convenit inter debitorem et creditorem, cum prædium in solutum daretur. Deinde, quia etsi convenisset: tamen creditor ex ea conventione actionem non haberet. Est enim pactum nudum: quia nihil dedit, aut fecit creditor ea lege, ut sibi id prædium præstaretur, aut ejus prædii evictio, ex pacto autem nudo actio non nascitur, *L. legem*, *supr. de pact.* Nihil eum dedisse debitori certum est. Nam debitor rem, quam debebat, prius ut suam habuit: neque aliam a creditore accepit; aut si accepit, accepit sine ullo pacto et constitutione.

1 Quibus † de caussis generaliter probatum est, extra emptionem, et si qui sunt contractus emptioni similes, actionem ob evictionem non esse, ut hoc rescripto satis declaratur, et L. 1. juncta *L. 2. sup. de rer. permut.* quibus in locis de re in solutum data, aut permutata datur ob evictionem actio, solum hac ratione, quod hic negotia gerantur, quæ vicem emptionis obtinent. Atqui † 2
pignore in solutum dato creditori, de qua specie nunc agitur, non videtur dici posse emptionem esse contractam. Non modo enim nihil dictum est de emptione, sed etiam aperte prædium in solutum datum est. Sed etsi rem et mentem contrahentium spectemus, idem dicemus. Nam qui dat in solutum creditori suo, id agit, ut negotium et obligationem præcedentem distrahat: contraria sunt autem, velle negotium distrahere, et velle contrahere. Quare qui in solutum dedit, non intelligitur contrahere voluisse, ac proinde non cotraxit: collectio est §. *is quoque in fin. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Hæc dubitatio est, quæ movit æstimationem hujus loci.

Et respondetur, † nihilominus creditori 3
utilem actionem adversus debitorem competere: Sed non adjicitur, quæ actio, neque ad quid competat. Et actionem utilem intelligere debemus ex empto, quæ in hoc genere solet competere, cum res in solutum data evicta est, ut diserte traditur in *L. eleganter, in pr. D. de pig. act.* Sed et hoc ex ratione hujus rescripti satis colligitur, quæ ad aliam sententiam confirmandam referri non potest. Est enim hæc: nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet. Primum Alexander contractum nominat, deinde ait, *eum vicem venditionis obtinere*, ut hic quasi venditionem contractam intelligamus, unde sit illa actio utilis, quam nominat. Sed quomodo hic potest esse emptio, ubi et verba repugnant, et finis solventis, ut diximus? Emptio esse intelligitur ex iis rebus, quæ interveniunt. Nam quoties pecunia pro re datur, toties emptio contrahi intelligitur, *L. naturalis*, *in princ.* illic, *et si quidem*, D. *de præs. verb.* Id autem fit in proposito. Non obstat, quod aperte pretium hic non dicitur: de quo tamen in emptione contrahenda convenire oportet §. *pretium*, *Inst. de contr. empt.* Satis enim pretium dicitur rei solutæ, cum ea datur pro pecu-

pecunia, quæ debetur. Apparet namque rem tanti æstimari, quanta est summa, quæ debetur: sed tamen quia verbis aperte non contrahitur emptio, eo fit, ut non proprie emptio esse existimetur. Unde non datur directa actio ex empto, sed tantum utilis: quia scilicet: contrahatur id negotium, quod obtinet vicem emptionis, utpote omnia habens, quæ sunt emptionis propria. Nam quod supra diximus, debitorem prædium in solutum dando non id agere, ut contrahat, sed ut distrahat potius, utrunque verum est: debitorem prædium hoc in solutum dare et contrahendæ emptionis caussa, et nihilominus præcedentis obligationis dissolvendæ. Præcipuus quidem ejus finis est, ut liberetur obligatione: nam nisi solutum voluisset, non vendidisset prædium. Sed ut ad hunc finem perveniat, prius hoc ei propositum est, ut vendat: cum enim pecuniam non haberet, unde solveret: idcirco vendidit prædium creditori, ut pretium inde debitum cederet in eam pecuniam, quam debet, atque ita compensatione liberaretur. Recte ergo dicimus evicto eo prædio empti actionem utilem creditori competere ob eam evictionem. Quid
4 † est igitur, quod in *L. libera*, *in fin. supr. de sent. et inter.* aperte distinguitur emptor ab eo, qui in solutum accepit? Nempe hoc significat, hunc posteriorem non esse emptorem, ut est is; qui aperte emit: Quod et nos fatemur. Ideo enim non emptorem,
5 sed quasi emptorem esse dicimus. Et † quod illic dicitur, *cum ancilla in solutum data est, posse ea evicta debitum repeti*, sane hoc significat, et verum est, evicta re in solutum data, veterem actionem de debito manere. Sed ea res non facit, quominus etiam creditori competat utilis empti actio, ut est in *d. L. eleganter*, *D. de pign. act.* Utranque hanc creditori competere, non est otiosum. Re evicta expedit ei empti actionem potius habere. Est enim hæc multo, quam illa, plenior: quippe quæ detur in id, quod creditoris interest, prædium evictum non fuisse, L. *si tibi*, *infr. hic.* Quod sæpe pretium excedit, ut est in L. 1. *in pr. D. de act. empt.* In eo enim continetur, et quanto pluris res valuit: et præterea, quæ in rem emptam, ut melior fieret, erogata sunt, L. *si controversia* 9. *L. cum successores*, 23. *infr. eod.* Rursum re nondum evicta, utile est actionem de eo, quod debebatur, adhuc salvam habere. Nam tum actio ex empto creditori nulla est, quæ tunc solum competit, cum res quæ tradita erat, evicta fuerat, non ante: quanvis constet rem alii pignori obligatam esse, ut superiore rescripto diximus. Actione autem vetere integra manente, cum res aliena aut pignori obligata in solutum data est, ut certe manet, *L. cum quis*, §. *qui hominem*, D. *de sol.* eveniet, ut ea agi possit etiam antequam res evincatur, si modo constet rem alienam, aut pignori obligatam datam esse. Et certe, etiam tum manere veterem actionem necesse est, si novatione non est sublata. Nullam enim hic solutionem esse convenit. Atqui nec novationem hic intervenisse ullam apparet.

Ad L. Ex his. 5.

Idem A. Petroniæ.

Ex his prædiis quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata, et necdum tibi tradita sunt: ex empto actione consequeris ut ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem, doli exceptionem opposueris. PP. XV. Kalend. Octob. Duobus et Aspris. Coss.

SUMMARIA.

1. *Re pignori obligata vendita posse emptorem adversus venditorem agere: ut pignus liberet re nondum tradita; semel autem ea tradita non posse: et cur hæc dissimiliter.*
2. *Re obligata marito æstimata data in dotem, posse maritum etiam re tradita agere, ut qui dedit, pignus luat aliter, atque in cæteris emptionibus: et differentiæ ratio.*

1 Cum res pignori obligata † vendita est, potest emptor adversus venditorem ex empto agere, ut pignus luat, sed hoc re vendita nondum tradita, ut hic nominatim adjectum est. Et recte: nam re tradita si deceptus emptor non esset, nullam adversus venditorem actionem eo nomine haberet: quoniam satis est emptori præstari rem habere licere.

L.

L. servus quem, §. *ult.* D. *de act. empt.* Nec est, quod quisquam putet, ideo deteriorem conditionem emptoris fieri re tradita, quam nondum tradita. Nam re nondum tradita ideo agit: quia res ex empto ei tradi debuit, neque tradita est, L. 1. *in pr. et* L. *ex empto*, D. *de act. empt.* Re autem semel tradita habet, quod ex empto illi debebatur. Solum enim hoc, ut dixi, præstari debuit, ut ei habere liceret. Adde, quod re emptori tradita non potest emptor consequi a venditore, ut pignus liberet, nisi agendo. At re nondum tradita, id consequitur a venditore rem recusando: agit namque in hoc, ut sibi res tradatur: quod potest, quia hæc erat obligatio empti. Quod si res liberata a pignore ei traditur, bene est. Sin obligata adhuc traditur, licet ei impune dicere, non accipiam, priusquam liberes, et ad hoc obtinendum defenditur doli mali exceptione.

2 Sed † in hac re controversiam facit. L. *creditor*, §. *prædium*, D. *de act. empt.* ubi re vendita tradita nihilominus datur emptori actio adversus venditorem, ut pignus luat. Proponitur eo loco pater filiæ nomine prædium æstimatum marito ejus dedisse in dotem. In quo etsi videtur datio in dotem esse, non emptio, de qua nunc agimus; tamen revera emptio est: quotiescunque enim res alicui æstimata datur, æstimatio emptionem facit: et qui rem accipit, emptor est, qui tradit, venditor, ut qui pro re pretium rei traditæ accipiat. *L. plerumque*, §. *pen. D. de jur. dot.* Et tamen in ea specie respondetur, si prædium æstimatum deprehendatur obligatum esse: posse maritum statim adversus heredem patris, qui prædium dederat, agere, ut pignus luat, idest, liberet, contra quam significatur hoc loco et rescriptum est in *d. L.* 3. *sup. eod.*

Hic respondendum est, quod est in L. *quoties*, D. *de jur. dot.* non simplicem hic emptionem esse, sed dotis caussa. Ea res facit, ut quoniam mulieri soluto matrimonio pretium prædii in dotem dati restituendum est, maritus statim agere possit, ut a pignore liberum prædium habeat. Non enim æquum est, eum soluto matrimonio pretium restituere, nisi prædium interim habeat pro pretio. At nisi jam nunc agat, ut pignus luatur: futurum, est, ut prædium non habeat, et tamen pretium debeat restituere. Sed si adversus eum, qui prædium dedit, aut heredem ejus non licet agere, fieri potest, ut is desinat esse solvendo. Quod si fit, prædio quandoque evicto prædium illi perierit, quia ejus æstimationem consequi non possit: non ab eo, qui dedit, cujus inopia inanem fecit actionem, *L. 6. D. de dolo*: non a muliere, quæ prædium non dedit. Et tamen nihilominus pretium soluto matrimonio restituere debeat. Dote enim ab extraneo data, aut promissa, si qua marito adversus eum de dote servanda fuit actio, et hic forte defectus sit facultatibus: imputatur marito, cur eum non convenerit, L. *si extraneus*, D. *de jur. dot.* Et in superiore L. *creditor*, adversus extraneum agitur. Pater enim, a quo dos erat, jam decesserat, et filia hereditate patris se abstinuerat dote contenta. Cætera rescripti exposita sunt ad L. 3. *supr.*

Ad L. Non dubitatur. 6.

Imp. Alexander A. Octavio.

Non dubitatur, et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem. PP. VIII. Id. Martii. Alexandro A. Coss.

SUMMARIA.

1. *Evicta re venditorem præstare debere evictionem emptori, quamvis de eo nihil aperte convenerit.*
2. *Scienti rem alienam, aut pignori obligatam vendi, evictionem non prestari.*
3. *De evictione præstanda si convenit, hanc emptori etiam scienti conditionem rei præstari.*
4. *Venditorem paciscentem de evictione non præstanda non teneri, si ignorans conditionem rei vendiderit: si sciens, conventionem nihil ei prodesse.*
5. *Etsi ignorans quis rem alienam vendidit, et convenit, ne evictionem præstaret; hactenus tamen eum re evicta teneri, ut saltem pretium restituat, dummodo et ignoranti venditium restituat, dummodo et ignoranti venditerit, et, cur, non obstet conventio.*
L. ex empto. §. ult. D. de act. empt. *explicatur* ibid.

DE evictione præstanda hic jus constituitur. De quo in universum ita puto: recte statuetur, si dixerimus, primum quid de ea jure sit, cum de ea nihil omnino

no

no convenit: deinde quid, cum aliquid convenit in alteram partem, vel ut præstetur, vel ut ne præstetur, de quibus ita dicam
1 breviter ordine. Si † de evictione nihil aperte convenit, placet nihilominus re evicta venditorem hanc præstare debere emptori, ut hic definitum est, *et* L. *ex empto*, *D.*
2 *de act. empt.* Sed † cum hac exceptione, nisi emptor sciens rem alienam, aut pignori obligatam emerit. Scienti evictio non præstatur: usque adeo: ut ne pretium quidem venditor restituere debeat hoc casu, L. *si fundum*, *infr. hic.* Et recte. Nam hoc convenit inter omnes, si venditor moneat rem alienam a se vendi, et pro tali vendat, eum teneri ob evictionem non debere: quia appareat nihil eum amplius vendere, quam quod habet. Et hinc est, cur placeat creditorem, pignore ab eo vendito, evictionis nomine non teneri, si res tanquam aliena evicta sit, dummodo tanquam pignus, sive jure creditoris vendiderit, et revera fuerit res illi pignori obligata, L. *ex empto*, §. *sententiam*, *D. de act. empt.* Quod si verum est: par est, etsi nihil tale dixerit venditor, si tamen emptor id ita esse non ignorarit, non magis ei præstari debere evictionem. Non enim debuit certiorari, qui non ignoravit, L. 1. *in fin. D. de act. empt.*

3 Quod † si de evictione aliquid convenit, quæri solet, utrum, et quatenus conventio servanda sit. Et multum interest, convenerítne, ut evictio præstaretur emptori, an ne præstaretur. Si ut præstaretur: conventio omnimodo servanda est, quæ quidem in re gerenda interposita fuerit: et servanda etiam emptori conditionem rei non ignoranti. Nam cum in L. *si fundum*, *inf. eod.* dicatur ei, qui fundum sciens alienum, vel obligatum comparavit, evictionem non præstari hac conditione, si de evictione non convenit: vi ipsa satis hoc dici intelligitur, si convenerit in re vendenda, ut huic ipsi scienti evictio præstaretur, ei esse præstandam. Idque per se satis efficitur generali edicto de pactis, quo prætor pollicetur se pacta servaturum, quæ neque dolo malo facta sint, neque contra leges L. *jurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Nihil hic dolo malo facit emptor, qui sibi cavet: nec decipitur venditor, qui scit, quid promittat et consentit, *L. nemo videtur*, *D. de reg. jur.* Non est contra leges id pactum, quod est de re familiari, et privata: in qua licet unicuique pacto deteriorem suam conditionem facere. *d. L. jurisgentium*, §. *si paciscar*, L. *pactum*, D. *de pact.*

4 Non eadem † caussa est contrariæ conventionis, si forte convenerit, ne venditor re evicta evictionis nomine teneretur. Nam neque semper prodest venditori, neque in totum: et in summa tunc solum propter hanc conventionem tutus est venditor, ne quid se evicta præstet emptori, cum ille ignoravit rem alienam. Hoc quidem casu non teneri venditorem constat. Nam si emptori scienti non præstatur evictio, quanvis de ea nihil convenerit: *d.* L. *si fundum*, *inf.* multo minus ei præstandam esse dixerimus, si nominatim convenit, ne præstaretur. Sed hoc ita est, inquam, si venditor rem alienam ignorans vendiderit scienti. Quod si sciens vendidit ignoranti, nihil ei profuerit conventio, quominus re evicta ex empto teneatur, *L. ex empto*, *in fi. D. de actio. empt.* Quippe venditor celando emptorem decepit. Sic enim silentio suo consecutus est, ut is facilius remitteret evictionem, dum existimat venditorem agere bona fide. Hunc dolum ubique judicio empti præstat venditor. L. 1. §. 1. *L. ex empto.* §. *sententiam*, *et* §. *ult. in fin. D. de act. empt. L. ea, quæ*, *D. de cont. empt. et vend.* In quo nihil juvat eum, sed oppugnat potius edictum prætoris, de pactis: quoniam ea non servat prætor quæ dolo malo facta sunt. Sed † etsi venditor et 5
emptor ignoraverint rem alienam esse, tamen hactenus solum proderit supra scripta conventio venditori, ne re evicta teneatur in id, quod emptoris interest; quominus autem pretium saltem restituere debeat, non proderit: quæ sententia est Juliani in *d.* L. *ex empto*, §. *ult.* D. *de act. empt.* quam et Ulpianus confirmat eo loco repudians exemplum earum specierum, in quibus alea emitur: veluti cum emitur jactus retis, captus avium, vel missilium: quo in genere quanvis nihil captum sit, aut quod captum erat, sit evictum; nulla tamen eo nomine ex empto obligatio contrahitur, *L. nec emptio*, *D. de cont. empt.* Et recte exemplum repudiat. Hic enim nihil certi venditur, sed tantum quod capietur casu: quamobrem et hoc agi intelligitur, ut quanvis nihil inciderit, tamen sit emptio, et pretium apud venditorem maneat, quia spei emptio est, ut est in *d.* L. *nec emptio*, *de cont. empt.* Longe diversum est, ubi res certa, et quæ in rerum natura est, venditur: de qua hoc agi constat, ut ipsa sit empta, ac sine ea nulla sit emptio. Sed hic objicitur edictum de pactis, quo efficitur, ut pacta de re privata servanda sint, etiamsi sint cum incommodo emptoris paciscentis conjuncta, *d. L. pactum*, *D. de pact.* Nihil id huic sententiæ adversatur. Fatemur enim conve-

ventionem hanc servandam ita, ut nec venditor pretium restituere debeat re evicta, si nominatim id convenisset. Nunc autem cum ita convenit, ne quid venditor evictionis nomine præstet, conventionem sic interpretamur: ne præstet id, quod proprium est evictionis. Est autem hoc proprium, ut præstetur id, quod interest, L. *si tibi*, *inf. hic.* Id vero venditor propter conventionem superiorem non præstabit: Sed non ideo efficiet conventio, ne venditor pretium reddat: quia hæc interpretatio neque verbis satis convenit, neque ullo modo congruit bonæ fidei judicii naturæ, et præsertim naturæ emptionis: in qua negotium geritur mutuum, ubi venditor pretium accipit, sed vicissim rem tradit pro pretio. Et ideo quod bene dictum est a Juliano, ut Ulpianus ibidem refert, bonæ fidei judicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amitteret, venditor pretium lucraretur: hoc sic accipere debemus, in re dubia. Nam si aperte convenisset, ne venditor etiam pretium restitueret: dubitari non debet, quin conventio servanda sit ex edicto, de pactis. Argumento erit creditor, qui pignus jure pignoris vendidit: quem placet re evicta non teneri, ne ad pretium quidem. *d. L. ex empto*, §. *sententiam*, *D. de act. empt.*

Ad L. Actore. 7.

Idem A. Hilariano.

Actore laudato, si evicta res est, fidejussorem (etiamsi agi caussam ignoraverit) conveniri evictionis nomine posse non ambigitur PP. III. Non. April. Alexandro A. Coss.

Venditor evictionis nomine fidejussorem emptori dedit, non quia cogebatur, sed quia ita placuit, *L. emptori*, *D. eod.* Si emptori controversia de re vendita moveri cœperit: satis est emptorem id denuntiare venditori, fidejussori denuntiare non est necesse. Itaque post denuntiationem venditori factam re evicta, emptor actionem ob evictionem habebit, non tantum adversus venditionem heredesve ejus, sed etiam adversus fidejussorem, ut hic constitutum est. At enim venditori denuntiandum est, qui evictionis nomine tenetur. Cur non videatur etiam denuntiandum esse fidejussori, qui et ipse evictionis nomine obligatur? Sed hæc paria non sunt. Nam in obligatione fidejussoria nihil est proprium fidejussoris, sed totum pendet ex obligatione principalis rei. Est enim fidejussio accessio principalis obligationis, §. *fidejussores*, *Inst. de fidejuss.* Itaque venditore liberato, una etiam liberantur fidejussores sine ullo suo facto, *L. in omnib. speciebus*, *D. de solut.* E converso quoque si venditor evictionis nomine tenebitur, ut hic teneri constat, cum ei denuntiatum est: necesse est et fidejussorem in eam caussam teneri, quia in hanc ipsam caussam conventione se obligavit: huc facit L. *mora*, 88. *D. de verb. obl.* Hoc autem denuntiare venditori, ut ad agendum caussam emptori adsit; hoc loco dicitur, auctorem laudare, quod quia ad quæstionem sequentis rescripti pertinet, ibi dicetur.

Ad L.

Ad L. Emptor. 8.

Idem A. Clementino.

Emptor fundi, nisi auctori, aut heredi ejus denuntiaverit, evicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fidejussorem ejus habet. Sed etsi judicio emptor non adfuit, aut præsens per injuriam judicis victus est absente auctore, vel fidejussore: regressum adversus eum non habet. PP. VIII. Id. Decemb. Alex. A. Coss.

SUMMARIA.

1. *Jure rem evinci oportere; et hoc quid sit.*
2. *Evicta re vel culpa emptoris, vel injuria judicis, venditorem ob evictionem non teneri.*

Culpa emptoris evictam rem intelligi his modis.

3. *Si de possessore petitor factus ob id victus est.*
4. *Si cum posset faciliore judicio rem persequi, maluit difficiliore experiri, exempla.*
5. *Si emptor aliqua exceptione ex persona sua remotus est.*
6. *Si caussam non defendit, ut debuit, dum aut non adfuit caussæ agendæ, aut exceptiones aliquas prætermisit.*
7. *Si venditori non denuntiavit in tempore litem sibi moveri: et cur.*
8. *Denuntiandum venditori, heredive ejus non autem necesse esse denuntiari fidejussori.*
9. *Denuntiationem omissam emptori non nocere, sive venditor absit: sive fecerit, ne sibi denuntiaretur: sive juste ignoret emptor ubi sit.*
10. *Denuntiandum pupillo venditoris heredi, quanvis tutor absit.*
11. *Denuntiandum venditori, quanvis litem moveri emptori non ignoret.*
12. *Quo tempore denuntiandum sit, ut ad agendam caussam adsit, quo tempore heredi, si re aliena soluta moveatur de ea re controversia legatario.*
13. *Auctor proprie venditor ab augendo: et cur.*
14. *Auctor per metaphoram omnis, qui alicujus rei habendæ alteri caussam præbet: unde translatum.*
15. *Laudare auctorem quid.*
16. *Venditorem caussam negligente emptorem nihilominus caussam agere debere: hac deserta si vincitur, actionem de evictione non habere.*
17. *Injuria judicis victo emptori evictionem non præstari.*
18. *Fidejussorem injuria judicis victum nihilominus actionem habere adversus reum, pro quo solvit: et cur dissimiliter in emptore injuria judicis victo, cum agitur adversus venditorem.*
20. *Emptorem a venditore de proprietate rei victum, licet culpa emptoris sit, qui agentem exceptione non removit, aut injuria judicis, nihilominus actionem habere ob evictionem; et cur.*

HOC rescriptum continet de evictione eam sententiam, quam initio hujus
1 tituli posuimus: non esse † satis videlicet ad evictionem, rem venditam emptori judicio ablatam esse, sed et jure oportere esse evictam, quod verbum positum est in L 4. *supr.* Eo verbo continetur, ut non aliter evictionis nomine teneatur venditor, quam si condemnatus sit, cum malam caussam haberet: puta quia res in caussa esset, ut jure ei evinci posset, vel tanquam aliena vel tan-
2 quam pignori obligata. Quapropter † duabus de caussis efficitur, ut quanvis res evincatur judicio: tamen venditor ob eam evictionem non teneatur. Una caussa est si res evicta sit culpa emptoris: altera, si evicta sit injuria judicis. Prior caussa hic uno et altero exemplo declaratur: posterior etiam expressa est, utraque diserte comprehensa in L. 1. *supr. de rer. perm.* de utraque cognoscendum est. Culpa emptoris est, cum ea prætermisit, quæ ad retentionem, aut defensionem rei pertinebant, et ob id victus est. Id autem quinque modis accidit. Primus est,
† cum emptor sua culpa possessionem rei 3
venditæ amisit, qua ex re de possessore petitor factus victus est, non quia possessor probaret se dominum esse; sed quia emptor se dominum esse probare non potuit, unde et possessor absolutus est, juxta *L. qui accusare, supr. de edend.* Species posita in *L. si rem, §. D. eod.* Hoc facto negari non potest, quin emptor victus sit sua culpa: cum si possessionem retinuisset, adversarius ejus rem non evicisset. Etenim si egisset adversus emptorem, neque de jure suo probare po-

potuisset, ut nunc probare non potuit, emptor idemque possessor esset absolutus, et in suo loco mansisset possessio, *d. L. qui accusare*, §. *retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst.*
4 *de interd.* Secundus † modus est, cum emptor quanvis casu et sine culpa possessione amissa, cum faciliore judicio et expeditiore rem persequi posset: maluit difficiliore experiri. Veluti, si cum posset Publiciana agere, aut actione, quæ competit de agro vectigali: rei vindicatione uti maluerit, cum esset a venditore admonitus, *L. si cum venditor*, *D. eod.* Publiciana actione is vincit, qui probat solum se ex justa caussa ab aliquo accepisse: quod facile probatu est. Actione de agro vectigali is vincit, qui actorem suum non dominum, sed vectigalis prædii possessorem solum fuisse probat. At in rei vindicatione non est satis probare se rem ex justa caussa accepisse; sed probandum est etiam, eum a quo acceperis, dominum fuisse: quod est probatu difficillimum. Intelliguntur hæc ex §. *namque*, *Instit. de act.* L. *in rem*, *D. de rei vind. et. L.* 1. *D. si ager. vectig. vel emph. pet.* Tertius modus
5 est, † cum idoneo et expedito judicio usus emptor aliqua exceptione remotus est, quæ ei objecta sit a possessore ex pesona ejus, L. *hoc jure*, *et seq.* D. *eod.* Veluti, si cum excidisset emptor possessione rei, et mota controversia inter eum et possessorem pactus esset, se fundum illum amplius non petiturum; aut jusjurandum possessori detulisset, et ille jurasset suum fundum esse: post deinde ipse judicio de ea re instituto summotus sit a possessore exceptione pacti superioris, aut exceptione jurisjurandi, quarum utraque ex persona et facto emptoris adversus
6 illum nata est. Quartus † modus est, cum emptor possessionem rei adhuc retinet: sed dum res ab eo vindicatur, caussam non defendit, uti oportet, et debuit, quod dupliciter contingit. Uno modo, si non adfuit: quæ caussa hoc rescripto addita est in illis verbis, *sed et judicio*, et clarius posita est in *L. si ideo*, *in prin. D. eod.* Altero modo, si emptor cum exceptiones aliquas haberet: eas prætermisit exemplo fidejussoris; qui idem fecit, de quo in L. idemque, §.
7 *Generaliter*, *D. mandat.* Postremo † hoc in præcipua culpa emptoris numeratur, cur vincatur, si venditori suo non denuntiet litem sibi moveri de re vendita. Nam venditor ut auctor et rei dominus, scire potuit jus suum, et quibus rebus id jus instrueretur. Itaque et ipse caussam proprietatis et emptoris instruere potuit admonitus: quod si non fecit, quia denuntiatum ei non est, perspicuum est ideo emptorem victum esse, quia culpa sua instructus non fuerit ad caussæ defensionem. L. *si fundo*, §. *ult. D. eod.* Hac de caussa etiamsi emptor in caussa agenda et deferenda præstet officia omnia, tamen hoc inprimis ab eo exigitur, ut lite sibi mota id denuntiet venditori: ut is, si videtur, ad caussam agendam adsit, ut hoc rescripto cautum est, et L. *seq.* item L. *si parentes*, *in fin. L. cum successores*, *infr. eod. d. L. si fundo*, §. *ult. D. eod.*

In † hac denuntiatione hæc cognoscenda sunt: cui hoc denuntiandum sit litem moveri emptori; an semper denuntiandum; postremo quo tempore denuntiandum. Et auctori, idest, venditori denuntiandum est, aut eo mortuo heredi ejus, ut hoc rescripto comprehensum est, *et seq.* Fidejussori denuntiare non est necesse, si superioribus denuntiatum fuerit: tametsi verum sit, non minus teneri fidejussorem evictionis nomine, quam venditorem. L. *auctore*, *supr.* ubi ratio exposita est. Neque † tamen his semper denuntiare necesse est. Sunt in eo hæ conditiones: ut venditori denuntiandum sit, si et præsens sit, et sui copiam faciat. Absente venditore omissa denuntiatio nihil nocet. *L. si ideo*, §. *ult.* D. *eod.* Absens, qui definitur in L. *absentem*, *D. de ver. sig.* Sed et si venditor præsens sit: si tamen aut dolo fecerit, ne sibi denuntiaretur, aut nesciat emptor, ubi sit: impune denuntiatio omittitur. L. *si dictum*, §. *si præsente*, D. *eod.* 8 9

Quod † si hæc concurrent, ut et præsens sit venditor, et sui copiam faciat, omnimodo ei denuntiandum est: adeo ut placeat etiam pupillo, qui patri venditori successerit, denuntiandum esse, quanvis ejus tutor absit. *L. si dictum*, §. *ult. D. eod.* Non obstat quod tutoris auctoritas in hac denuntiatione non intervenit, alioqui cæteris in rebus ad pupillum obligandum necessaria. *Instit. de auct. tut.* Nam etsi neque pupillus, neque tutor præsentes essent, tamen impune et sine utriusque voluntate omitteretur denuntiatio, ut in omnium venditorum absentiam persona jus esse supra dicimus. Quæsitum est hoc loco, † an venditori præsenti denuntiandum sit, si is litem emptori suo moveri non ignoret. Movet dubitationem, quod dicitur non esse certiorandos eos, qui non ignorant. L. 1. *in fin. D. de act. empt.* Et recte placuit nihilominus venditori denuntiandum, ut ad agendum adsit. Nam ea rescripta quæ hac denuntiatione citavimus, puta hoc, *et* L. *seq.* L. *si parentes*, L. *cum successores*, *infr.* denuntia- 10 11

tiationem præcise exigunt. Ubi autem lex denuntiationem exigit, hanc semper interveni re oportere, etiamsi is, cui denuntiandum ex lege est, non ignoraverit id, de quo agitur. L. *denuntiasse*, *in pr.* D. *ad* L. *Jul. de adult.* At enim recte dicitur non esse certiorandos eos, qui non ignorant. Rectissime dum de eo agatur, quod non ignorant. Sed id huc non pertinet. Etenim lite emptori mota de duabus rebus agitur, quarum unam scit venditor, alteram ignorat. Lis emptori movetur: hoc scit venditor; de ea re admoneri non debuit. Sed agitur præterea de voluntate emptoris, quæriturque, utrum sibi velit adesse venditorem, an vero caussam periculo suo agere. Hanc voluntatem cognoscere venditor non potest, nisi emptor ei denuntiet, quid fieri velit. Recte igitur ad hanc declarationem voluntatis denuntiationem emptoris exigimus.

12 Quo † tempore emptor venditori denuntiet, ut ad agendum adsit, nihil refert ut traditur in L. *si rem*, 29. §. *ult. D. eod.* Sed additur, dummodo ne prope ipsam condemnationem id fiat. Quibus verbis hoc dici intelligere debemus, posse quidem emptorem ante condemnationem denuntiare venditori suo quovis tempore, dum tamen tunc denuntiet, cum adhuc integrum erit venditori caussam instruere, ne emptor vincatur. Nam si ad rem satis temporis non erit, dolo emptoris id factum est: quam ob caussam venditor ei non tenebitur re evicta, L. *si fundo*, §. *ult.* D. *eod.* Hic opponitur *L. qui concubinam*, §. *penult.* D. *de legat.* 3. ubi in persona heredis, qui homine generaliter legato certum hominem legatario dedit, scriptum est: si de eo homine controversia fiat legatario, legatarium debere ante litem contestatam denuntiare heredi, ut homine evicto actionem adversus heredem habeat. Dicendum est, quod et Bartolo videtur, aliam caussam esse emptoris et venditoris; aliam heredis et legatarii. Nam in emptione re tradita, incipit res et caussa emptoris esse propria. Incipit enim exinde commodum et incommodum omne rei ad eum pertinere. §. *cum autem*, *Instit. de empt. et vend.* Et ea dicitur propria caussa cujusque, ad quem commodum et incommodum suo nomine pertinet. *L.* 1. §. *in propria*, *D. quand. appellan. sit.* Quocirca si in hac caussa fit emptori controversia proprietatis, jure suo is facit, si caussam defendit et persequitur suo arbitratu: dummodo defensionem integram venditori relinquat ante sententiam. Diversa caussa est legatarii. Nam re legata evicta, nullum in eo periculum agitur legatarii: ubi si heres evictionem præstat, solum incommodum est heredis. Si non præstat, tamen nullum est incommodum legatarii, cui pro re legata nihil abest. Quare recte visum est in ea re, cujus periculum ad heredem pertinet, totam caussam heredis arbitrio permitti debere, ut ipse de ea statuat, ut vult, aut sibi commodum existimat. Atque hoc jus est de hac denuntiatione.

De verbis juris ad hanc denuntiationem significandam usitatis monendi sumus totum hoc, denuntiare venditori ut ad agendum adsit, veteres uno verbo dixisse laudare auctorem suum, ut in L. *auctore*, *sup.* L. *Herennius.* §. 1. D. *eod.* Quorum verborum hæc significatio et ratio est. Auctor † venditorem 13
proprie significat, quod cum ex innumeris aliis locis intelligitur, tum maxime ex hoc rescripto, et L. *si controversia*, *seq.* Ita dictus venditor ab augendo. An quod, ut quidam volunt, venditor auget emptorem re vendita? Non satis convenienter rei hoc dicatur. Ista enim ratione etiam emptor, et is quidem maxime dici debuit auctor, quia præcipue is auget venditorem pretio, cujus dominium in venditorem transferre debet, cum venditor non amplius debeat, quam rem tradere. *L. ex empto*, *in pr. D. de act. em.* Nunc autem scimus nunquam emptorem auctorem dici, sed semper auctorem ab emptore distingui. L. *hoc jure*, *et* L. *seq. D. eod. et hac* L. *emptor*, *et* L. *seq.* Sed dicitur auctor ab augendo pretio, quia venditoris demum est, qui cum effectu emptoris pretium auget: ut puta, emptor offert viginti; venditor dicit, non esse satis, et postulat aliquid addi. Emptor addit quinque; venditor negat adhuc esse satis. Emptor addit alia quinque, ut sint triginta. Et hoc venditori placet. Hic perspicuum est, hæc omnia aucta esse emptori a venditore: unde merito auctor dictus, quoniam auget. Idem
† venditor dominus est rei: certe rei habendæ et possidendæ jus habet: quod et jus in 14
emptorem transfert venditoris jure. Inde factum, ut omnes, qui alicujus rei habendæ et obtinendæ initium ac caussam alii præstarent, hi dicerentur auctores, ei rei, L. 4. §. *auctoris*, *D. de dol. et met. excep.*

Laudare † autem veteribus est nominare, 15
et appellare, ut Angellius docet *lib.* 2. *cap.* 6. Macrob. *lib.* 6. *cap.* 7.

Ex † his apparet, si controversia mota de 16
proprietate rei venditæ emptor sibi consultum velit, recte eum facturum, si statim id denuntiet auctori suo. Si is caussæ defensionem suscipit,

pit liberatur emptor omni molestia judicii; et nihilominus re evicta actionem habebit de evictione. Quod si venditor defensionem negliget, sciat emptor non ideo se liberari, sed ut in caussa sua agere debere, et caussam defendere quibuscunque modis potest. Quod nisi faciat, quia sua culpa vincitur: evictio ei non præstatur, ut hic traditum est.

17 Sed † etsi omnia faciat emptor, quæ ad defensionem rei pertinent, tamen etiam altera caussa est, quæ inhibeat actionem ob evictionem: si injuria judicis res evicta sit, ut hoc rescripto item comprehensum est. Neque hic quidquam interest, utrum emptor sordibus judicis et corruptione victus sit, an imperitia, ut est in *L. per imprudentiam, D. eod.* Quod ideo dictum est, quia si judex pecunia corruptus sententiam adversus emptorem tulerit, sententia nullius momenti est. L. *venales, sup. quan. provoc. non est nec.* ut hoc casu cum emptori sententia nihil noceat, frustra ei detur actio adversus venditorem evictionis nomine. Sed non idem juris est, si judex per imperitiam judicavit: valet enim sententia nihilominus, nisi provocatum sit. L. *cum prolatis, D. de re jud.* Unde dubitatio, quæ eximitur in *d. L. si per imprudentiam*, cum adjicitur, etsi per imprudentiam judicaverit judex, tamen emptorem adversus venditorem regressum non habere, addita hac ratione: quia injuria emptori facta venditori nocere non debeat. Sed

18 opponitur † exemplum fidejussoris. Nam quemadmodum emptor si conveniatur de proprietate rei, caussam recte tueri debet, ut actionem ob evictionem habeat: ita et fidejussor conventus si aliquas exceptiones habeat ex persona rei principalis, judicio contendere, et his exceptionibus uti debet, ut mandati actionem adversus rem nanciscatur, si postea victus solverit. *L. idemque, §. generaliter*, D. *mand.* Et tamen si fidejussor nulla sua culpa, sed injuria judicis victus sit, nihilominus mandati actionem habet. L. *exceptione* 67. *D. de fidejus.* Cur non igitur et in emptore injuria judicis victo idem dixerimus? Sed in promptu est differentiæ ratio. Nam emptione contracta omne periculum rei ad emptorem pertinet. L. *necessario*, D. *de per. et com. rei vend. §. cum autem, Instit. de empt. et vend.* In periculo autem et casu fortuito est omnis injuria ab alio illata; quia nulla diligentia injuriam alienam vitare possumus. L. *ad eos, D. com.* L. *sed de damno, D. loc.* Quare et hoc periculum injuriæ ad emptorem pertinebit. Diversa caussa est fidejussoris: hujus negotium in fidejussione non geritur, sed rei principalis: quam ob caussam et ipse, et quisquis negotium alienum gerendum suscepit vel ex mandato, vel sine mandato, culpam tantum et diligentiam ut in re aliena, non etiam casum fortuitum præstare debet, L. *contractus*, D. *de reg. jur.*

Atque † hæ caussæ sunt duæ in summa, 19
propter quas emptor re evicta actionem ob evictionem adversus venditorem non habet: emptoris culpa, et injuria judicis. Sed ex hoc jure excipiuntur emptores victi ab iis, qui evictionem præstare debeant: puta victi aut a venditore, aut ab heredibus ejus, aut a fidejussore evictionis. Propone hoc modo: venditor fundum alienum vendidit, et tradidit emptori. Idem domino fundi exstitit postea heres, atque dominus fundi successione factus est. Quo jure usus cœpit eum fundum tanquam suum ab emptore vindicare. Hic duo sunt emptori remedia adversus venditorem. Nam primum, si videtur, potest vindicantem exceptione doli summovere. L. *vindicantem, D. eod.* L. *exceptione, inf. eod.* Quod si hoc non placet, liberum est ei pati venditorem agere, et se vinci, ea lege: ut si eo judicio res illi a venditore evicta sit, nihilominus actionem habeat adversus venditorem ob evictionem, dicta L. *vindicantem, et seq.* D. *eod.* Atqui si jus superius sequimur, emptor in hac caussa actionem ob evictionem habere non potest. Nam exceptionem doli mali, qua submovere emptorem poterat, si non opposuit, culpa ejus est. Si opposuit et tamen victus est, injuria illi manifesta facta est a judice. Ita alterutra de caussa necesse est, eum actionem non habere, si in jure superiore consistimus. Sed hoc in hac caussa non placuit, ut dixi, cum aut venditor evincit, aut cæteri, qui evictionis nomine obligantur. Merito: Esto enim, objici hic possit aliqua culpa emptori. At hæc majore venditoris culpa, atque adeo manifesto dolo in ea caussa vincitur. Quæcunque enim hic condemnatio fuit, huic caussam dedit improbitas venditoris, qui hoc judicium movit, et quem in ea venditione tueri debuerat, eum judicio isto oppugnavit. Quare si agentem de evictione emptorem summovebit exceptione, quasi culpa sua victum: merito replicatione doli mali exceptio elidetur: eritque in eam rem actio ex stipulatu, intellige simplici, vel ex dupla, idest, ex stipulatione duplæ, vel ex empto, ut hoc rescripto expressum est: quæ verba quid valeant, exponetur commodius ad L. *si tibi, infr.*

Ad L.

Ad L. Si controversia. 9.

QUod de denuntiatione hic dicitur, pertinet ad rescriptum superius, ubi dixi. Quod reliquum est, re evicta hic datur actio emptori adversus venditorem, successoremve ejus in id, quod emptoris interest, qui locus recte rejicietur ad L. *si tibi, infr.*

Ad L. Si fines. 10.

Idem A. Largo.

Si finem agri venditor demonstravit, et legem dixit, intra eos neminem ingressurum: si quid inde evincatur, periculo fit auctoris. Quod si finibus suis, quos demonstravit, agrum vendidit: lis finalis ad venditorem non pertinet. PP. VII. Kalend. Decembr. Maximo II. et Æliano Coss.

SUMMARIUM.

1. *Finibus fundi certis demonstratis, si quid ex his evincatur, an, et quando præstanda sit evictio.*

1 VEnditor fundum Tusculanum, † qui constabat centum jugeribus, emptori vendidit, et in finibus demonstrandis dixit, fundum continere centum quinquaginta jugera. Ex hoc numero quinquaginta evicta sunt, ut revera aliena erant, non fundi Tusculani. Quæsitum est, an venditor ob evictionem eorum jugerum teneatur. Distinguitur: Si venditor fines demonstravit, et legem dixit, id est, demonstravit, nominatim adjecta hac lege et conventione, ne quis in eos ingrederetur: evictionem præstabit, quod hic scriptum est in principio. Plus dicimus, etsi venditor tantum fines demonstravit, neque quidquam adjecit nominatim de his finibus præstandis, nihilominus tamen eorum evictionem eum præstare debere: hoc in L. *qui fundum, D. eod.* Et recte: nam quæcunque dicuntur ita, ut præstentur emptori, præstanda sunt. L. *sciendum*, §. 1. D. *de ædil. ed.* Sunt autem in hac caussa, quæcunque ita dicuntur, ut propter hæc res pluris vendatur, L. *ea quæ*, D. *de cont. emption.* Nemo porro dubitat, quin quo ampliores fines fundi erunt, eo pluris fundus sit, atque ideo pluris veneat. Quod si venditor fines quidem demonstravit, sed ita, ut nihilominus diceret se fundum vendere suis finibus: quidquid ultra veros fines ejus fundi evictum erit, venditor non præstabit: quæ altera pars est distinctionis tradita hoc scripto. Hoc ideo, quia idipsum actum est. Nam qui vendit fundum suis finibus, sive intra suos fines, aperte hoc dicere intelligitur, se fundum vendere tantum, quatenus est, non ultra.

Nemo autem venditor rei a se non venditæ evictionem præstat, ut diximus *ad* L. 1. *supr.* Et quod demonstratio ampliorum finium vel præcessit, vel secuta est hanc conventionem: ideo factum est, ut admoneretur sui juris emptor, non autem ut venditor ultra veros fines quidquam præstaret, ut conventio declaravit. Quod tamen de eo venditore accipiendum est, qui putavit eos fundi fines esse, quos demonstravit. Nam qui scivit minores fines esse, et ampliores dixit: præstabit, nec defendetur conventione, quæ dolo malo facta est. Hoc enim ipso decepit emptorem, quod cum sciret minores fines esse, non solum celavit emptorem, sed etiam mentitus est ampliores. L. 1. §. 1. D. *de act. empt.* Remoto dolo si quis fundum vendiderit suis finibus, quoscunque prius dixerit sibi videri: verum est, quod hic scribitur, litem finalem ad eum non pertinere. Ideo autem non pertinet, non quia fines isti evincantur finium regundorum judicio, et perperam in glossa scriptum est: cum nihil intersit, quo judicio res vendita emptori evincatur; *L. si mancipium*, §. 1. D. *eod.* sed quia qui postea evincentur fines, hi fines fundi non fuerunt. Nunc autem proponitur venditor fundum vendidisse finibus suis: quæ adjectio conventionem habet apertam, alios fines, quam qui veri fines sunt, præstari non debere.

Ad L.

Ad L. Exceptione. 11.

Idem A. Clementi.

Exceptione doli recte eum submovebis, quem ab auctore tuo fidejussorem accepisti: si ejus nomine controversiam refert, quasi per uxorem suam, antequam tu emeres, comparaverit: qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit. Non. Feb. Pompejano et Peligno Coss.

SUMMARIA.

1. *Qui re evicta tenetur ob evictionem, eum de re vendita controversiam emptori movere non posse: agentem exceptione doli mali summoveri, quisquis est, sive venditor, heresve ejus, sive fidejussor, heresve ejus.*
2. *De herede fidejussoris vindicante: ubi et* L. ult *hoc tit. explicatur.*
3. *Suprascripti juris ratio.*

HIC illa definitio in universum statuenda est, quæ declaratur cum hoc rescripto, tum apertius. L. *si ob caussam*, *et*
1 L. *sive possessio*, *seq. inf. eod. tit.* † Quisquis re evicta ab alio, ob evictionem obligatur emptori, eum de re vendita controversiam movere non posse: quod istorum obligatorum genera declarabunt. Evictionis nomine obligantur hi quatuor; venditor, itemque venditoris heres, L. *si controversia*, *sup. fidejuss.* qui idem secundus actor, id est, venditor appellatur, *L.* 4. *D. eod.* et item heres fidejussoris, L. *ult. inf. hic.* Hos omnes dicimus, si rem vendicent ab emptore, etiamsi ex nova caussa, quæ evictionem secuta sit: tamen frustra controversiam movere, quia exceptione doli mali ab emptore summoveri possint. De venditore vindicante traditur in L. *vindicantem*, *D. eod. et in L. si ob caussam*, *inf.* De herede venditoris in L. *sive possessio*, *inf.* De fidejussore hic
2 scriptum est. De herede † fidejussoris dubitari potest propter L. *ult. inf. hic* ubi scriptum est, heredem fidejussoris posse rem suam ab emptore vindicare, si non jure hereditario, sed ex persona sua dominium vindicet: id est, si non ideo rem vindicet, quia res fuerit fidejussoris, ejusdemque decessoris ejus, in cujus dominium postea heres successit; sed ideo, quia res ejus fuerit propria, perveneritque ad eum ex alia caussa, quam hereditaria. Sed hoc priorem sententiam non mutat. Ita enim verum est; heredem fidejussoris, qui rem ex persona sua ita vindicat, jure vindicare, uti certe verum est; L. *in rem*, D. *de rei vindicat.* ut nihilominus vindicans exceptione doli mali possit summoveri. Nam et de herede venditoris idem scriptum est in *L. Seja*, D. *eod.* quod de herede fidejussoris in *d.* L. *ult. inf.* Et tamen nihilominus adjicitur in *d.* L. *Seja*, heredem jure alioqui vindicantem exceptione summoveri posse: idque etiam satis defenditur eadem *L. ult. inf.* Nam illic etsi tribuatur heredi fidejussoris, ut jure rem vindicare possit: tamen hoc additur, eum de re evicta ob evictionem teneri: certo id scilicet argumento, si rebus integris controversiam facit emptori, posse eum exceptione summoveri. Hoc ex priore colligitur et in L. *si ob caussam* et in L. *sive possessio*, *inf. hoc tit.*

Et recte hoc † ita constituitur, ut quis- 3
quis ob evictionem rei obligatur, is de ea re controversiam movere non possit, duabus de caussis. Primum, quia quod de evictione obligatur, indicio est, eum emptorem in re vendita defendere debere. Qui defendere emptorem debet, perspicuum est ei emptorem oppugnare non licere: sunt enim hæc contraria. Deinde pro certo definitur, omnem dolo facere, qui petit id, quod restituturus est: ex quo etiam adversus eum, qui ita petit, comparata est doli mali exceptio L. *dolo*, *D. de doli mali et metus except.* At qui tenetur ob evictionem rei venditæ, is de ea re restituenda tenetur, aut quod tantundem valet, tenetur in id, quod emptoris interest, eam rem præstari. Quare si eam rem petat ad superiorem definitionem pertinet.

Ad L.

Ad L. Sive. 12.

Imp. Gordianus Augustus Philino.

Sive in libertatem evictus est servus, quem mercatus es, sive cum comparares, convenit, ut si quæstio nomine ejus relata esset, et si necdum evictus esset, in pretium recuperares: præses provinciæ, quod tibi præstandum animadverterit, restitui jubebit. PP. VII. Idib. Mart. Gordiano A. et Aviola Coss.

SUMMARIUM.

1. *Evictio quibus ex caussis præstanda.*

1 EVictione † rei venditæ jure secuta, constat venditorem ob evictionem teneri. L. 6. *supra.* In eo nihil interest, qua de caussa jure res evincatur, et auferatur emptori: utrum ideo, quia aliena, aut pignori obligata erat; L. 3. *supr.* an vero quia tanquam servus, aut ancilla venditi qui liberi erant, et in libertatem evicti sunt, de quo hoc loco. Nondum re evicta venditorem emptori non teneri scriptum est in dicta L. 3. *supr.* Hæc exceptio est, extra quam si contra convenerit: quæ conventio dicitur hoc loco servanda esse.

Ad L. Si ob caussam. 13.

Idem A. Zoilo.

Si ob caussam judicati pignora capta sunt ex ejus auctoritate, cui præcipiendi jus fuit, eaque, de quibus colplecteris, tu mercatus es: frustra ab ea, quæ condemnata est, vel quæ in ejus locum successit, eorum refertur quæstio: quandoquidem et si evictio eorum ab alio subsecuta fuisset, adversus eos debuisse dari actionem, a quibus pretii solutio proficit, rectissime responsum est PP. XVI. Kalend. Jun. Gordiano A. et Aviola Coss.

SUMMARIA.

1. *Pignoribus ex caussa judicati distractis evictis, debitorem tanquam venditorem de evictione teneri, non magistratum, non apparitores, non creditorem.*
2. *Actionem ex hac caussa esse non in id, quod emptoris interest, sed dumtaxat de pretio.*

PIgnoribus debitoris in caussam judicati captis, et auctoritate magistratus, cui de ea caussa jurisdictio fuit, per apparitores distractis, tam res in emptores transferuntur, quam si a debitore ipso, eodemque possessore venditæ essent. *L. 1. L. 2. sup. si in cau. jud. pig. cap. sit.*

1 Hic † quæritur ad cautionem emptorum adversus futuros casus evictionis, quis in hac venditione venditor haberi debeat, ut cum eo agi possit de evictione: utrum magistratus qui jussit vendi, an apparitores, qui vendiderunt, an creditor cujus opera factum est ut pignora venderentur, an debitor cujus res fuerunt. Et placuit in hac specie, eum vere venditorem videri, proinde et adversus eum dari debere actionem re evicta, cui pretii solutio proficit, seu qui pretio liberatus est, ut hic traditur *in fin. et L. si plus, antep. in pr. D. eod.* Is autem est debitor, cujus pignora capta distracta sunt. Superiores, ut magistratus, apparitores, item creditor, videri possunt in hac specie vendidisse, quia de re et pretio convenerunt cum emptoribus: apparitores aperte; magistratus et creditor, quia res vendi manda-

darunt. Vendit autem, quisquis per alium vendit. Sed revera nemo horum venditor est. Quicquid enim hi agunt, non suo nomine agunt, sed debitoris, cujus res est; neque id agitur, ut pretium ad eos redeat. Solus est debitor, ad quem emolumentum hujus venditionis pertinet: quam ob caussam et merito existimetur vendidisse. Hinc scilicet illa consequentia, de quibus hoc rescripto comprehensum est, ut et is re evicta teneatur evictionis nomine, idque actione ex empto, ut est in dicta L. *antepenult.* *D. eod.* et præterea debitor, qui ob evictionem ita obligatur, controversiam de re vendita emptori movere non possit, qui præcipuus scopus est hujus rescripti, de quo in L. *exceptione*, *sup.*

Hactenus † tamen debitorem evictionis hujus nomine teneri placet, ut sit actio adversus eum, non quanti interest emptorum, sed de pretio dumtaxat, ejusque usuris, habita ratione fructuum, ut est in dicta L. *antep.* *D. eod.* Nec abs re: quod enim illo invito et ab alio gestum est, non proprie ab illo venditum dixeris: ut ultra, quam ad eum pervenit, non sit ex bona fide eum teneri 2

Ad L. Sive possessio. 14.

Idem A. Secundino.

Sive possessio venditoris fuit, filius ejusdemque patris heres frustra quæstionem movet: sive non patris, sed filii ejus possessio fuit, de qua jure hereditario auctor laudari potest: controversiam movere non potest. PP. XIV. Kalend. August. Gordiano A. et Aviola Coss.

SUMMARIUM.

1. *Heredem venditoris de re a defuncto vendita, quanvis sua, controversiam actori movere non posse: et cur.*

1 HEres venditoris † si rem venditam vindicet ab emptore: negat hoc rescriptum id eum jure facere posse, quocunque jure et cujuscunque ex persona id faciat, quod divisione ostendit. Aut enim heres vindicabit ut hereditariam, quæ olim defuncti fuerit, aut ut suam et proprio jure. Si ut hereditariam, idest, ob id quod venditoris fuerit, et ipse venditori successerit, frustra vindicat: sic enim vindicat alienam. Nam si venditor dominus fuit, rem tradendo dominium transtulit ad emptorem, eoque et dominus esse desiit, §. *per traditionem*, *Instit. de rer. divis.*

Quæ defuncti non fuit, ea nec successione fiet heredis, cum hereditas non sit, nisi successio in id quod fuit defuncti. *L. hereditas*, D. *de regul. jur.* Sic fit, ut heres rem defuncto venditam nullo jure vindicet ut hereditariam: cum in rem actio soli domino competat. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Quod si res fuit heredis, quam olim defunctus vendidit ignorante herede, quam ideo et ut suam et ex persona sua vindicet: plus ea res habeat dubitationis, numnam hanc saltem possit vindicare: ac videatur etiam non prohiberi id facere, neque ex persona defuncti, neque ex sua. Non ex persona defuncti, quia is rem alienam tradendo ejus dominium transferre non potuit. *L. traditio*, *D. de acquir. rer. do.* L. *nemo plus juris*, D. *de reg. jur.* Non ex persona sua, quia heres neque rem vendidit, neque venditioni consensit: quæ in quo domino sunt, ei venditio aliena non nocet. L. *quidam*, D. *eodem.* Et omnino ita res habet, ut si jus summum spectemus, is heres jure eam rem ab emptore vindicet. *L. Seja*, *D. eodem.* Sed nihilominus exceptione summoveri potest, ut ita effectu frustra vindicet, dicta L. *Seja*, *in fin.* Ad quem effectum referri debet, quod absolute dicitur hoc rescripto, heredem de re sua a defuncto vendita emptori controversiam movere non posse. Non potest propter exceptionem; cum nihil intersit, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. L. *nihil interest*, *D. de reg. jur.* Exceptio adversus heredem ex eo, quod etsi venditor non transtulerit dominium rei venditæ, qui dominus non fuit; tamen vendendo evictionis nomine se obligavit. L. *ex empto*, *D. de act. empt.* in hanc obligationem heres succedit. L. *qui in jus*, *D. de regul. juris*, §. *ult. Institut. de loc.*

Qua-

Quare si vindicet heres, patietur et ipse eandem exceptionem, pertinetque omnino ad eam definitionem juris, quæ et hic comprehensa est, et in L. *si ob caussam*, *supra*, de qua diximus ad L. *exceptione.*

Ad L. Si non injuria. 15.

Impp. Philippus A. et Philippus Cæsar. Menandro.

Si non injuria judicantis, sed juris ratione superatus es, pignus ob evictionem acceptum solemniter persequi potes. PP. Kalend. August.

SUperato juris ratione emptore, ut hic scriptum est, idest, evictione secuta neque culpa emptoris, neque injuria judicis (nam horum utrumque nisi interveniat, non videtur emptor superatus, quia jus eum deficeret, de quibus diximus ad L. *emptor*, *supr.*) quemadmodum de evictione actio est adversus venditorem, heredemve ejus *d.* L. *emptor*, *et L. seq.* ita et incipiunt teneri ex ea caussa venditionis accessiones, idest, fidejussores, et pignora: de fidejussoribus est in *L. si status*, *infr. eod.* de pignoribus hoc rescripto traditur.

Ad L. Super. 16.

Impp. Dioclet. et Maximian. AA. Alexandro et Diogeni.

Super empti agri quæstione disceptabit præses provinciæ: et si portionem diversæ partis esse cognoverit, impensas quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis jubebit. Nam super pretio evictæ portionis non eum qui dominum evicerit, sed nutricem conveniri consequens est. PP. X. Kal. Jul. Jpsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Bonæ fidei emptorem sumptus utiles in rem possessam factos a domino rem vindicante consequi posse non actione, sed per retentionem rei, opposita doli mali exceptione.*
2. *Dominum rem suam recte vindicare, et auferre etiam non oblato pretio.*
3. *Evicta re emptori actionem esse ob evictionem de pretio, non de sumptibus ab eo in eam rem factis, si rem possidens his non receptis rem restituit.*
4. *Uxorem militis rem suam per absentiam mariti et suam usucaptam recipere posse, sed non nisi oblato pretio: et cur.*

1 EMptor † rem alienam emit, in eaque excolenda et meliore reddenda sumptus fecit. Si exsistat dominus, qui rem suam vindicet ab emptore, et emptor a domino servare velit ea, quæ ejus rei nomine sibi absunt, ut sumptus in eam rem factos, et præterea rei pretium: constituitur hoc loco, quid de his consequi ab illo possit. Et de sumptibus scriptum hic est, judicem, qui de proprietate cognoscit, jussurum hos emptori restitui, quos quidem ad meliorandam rem erogatos esse constiterit. Nempe ideo, quia eos consequi emptor a domino rem suam vindicante debet. At quo jure, cum ei hi sumptus non debeantur? nihil enim cum domino contraxit, neque in his sumptibus faciendis negotium domini gessit. L. *si in area*, D. *de cond. inu.* Et certum est, hos non deberi ne emptori quidem bonæ fidei: quamobrem et re restituta nulla illi de his competit actio. Sed rem adhuc possidens eos servat per retentionem rei, opposita doli mali exceptione. L. *sumptus*, *D. de rei vind.* L. *si quis sciens*, *supr. de rei vind.* Doli exceptio ex eo est, quod dominus, qui petit sibi rem restitui non refusis sumptibus, quibus rem suam meliorem consecutus est, petit, ut locupletior fiat cum jactura emptoris. Hoc autem natura iniquum. L. *nam hoc natura*, *D. cond. ind.* Jam vero facit dolo, eoque et exceptione doli mali removetur, quisquis subtilitate juris nixus contra æquita-

tatem naturalem aliquid petit, L. 1. *de dol. mal. et met. exc.*

2 Quod ad † pretium rei emptæ attinet, non tantum de eo conveniri non potest actione is, qui rem evincit, quid hic scriptum est: sed nec adversus eum id servari ulla exceptione. Nam sumptuum de quibus dixi, utilitas ad dominum redit: pretium autem ad eum non pervenit: ut sit iniquum dominum id dependere, quod non accepit, et cujus nomine multo minus se obligavit. Ideo recte generaliter definitum est, unumquemque dominum rem suam recte vindicare etiam a bonæ fidei possessore, quanvis non oblato ei pretio. L. *mater*, *in princ.* L. *si mancipium*, *supr. de rei vindicat.* L. *supr. de fur.* Neque hoc aliter fit unquam, quandiu is, qui jure dominus est, rem suam vindicat ab eo, a quo pretium non accepit. Sane si pretium in rem domini versum sit: hic eadem exceptio domino obstabit rem suam non oblato pretio vindicant: ut fit, cum emptor emit a domino, sed pretium solutum est creditoribus iis, quibus id prædium a domino obligatum erat: L. *emptor*, *D. de rei vind.* aut cum emptor emit a vero domino, qui alienandæ rei potestatem non habuit, puta prædium a minore, et pretium in rem minoris versum est, ac deinde minor rem suam vindicat. L. *utere*, *supr. de præd. min.*

3 Sed † quod pretium rei evictæ emptor a domino servare non potest, id consequi potest a venditore ita, ut de eo etiam ultro actionem habeat, qua ille recte conveniatur, quod hic positum est in extremo. De pretio rei evictæ hoc tantum dictum est hoc loco, posse scilicet auctorem de eo conveniri. Consulto: de pretio enim rei evictæ conveniri potest, non etiam de sumptibus ab emptore in eam rem factis. L. *idque*. §. 1. *D. de act. em.* Idque efficitur ex iis principiis, quæ posuimus in L. *emptor*, *sup. hoc tit.* Nam si emptor non consequitur sumptus a se factos opposita doli mali exceptione, necesse est aut culpa ejus evenire, aut injuria judicis: culpa, si exceptionem doli non opposuit; injuria judicis, si opposuit, et judex non habuit ejus exceptionis rationem, quod eum facere oportebat. *d. L. sumptus*, *D. de rei vind.* Utrum autem horum acciderit, venditor emptori non tenetur. *L. emptor*, *sup.* Sed recte monemur in *d. L. idque*, §. 1. hoc tantum pertinere ad eum emptorem, qui possidebat, eoque per retentionem rei opposita exceptione sumptus servare a domino poterat; non pertinere ad eum, qui non possidebat: puta ad eum, qui cum non possideret, rem vindicavit, et eo judicio victus est. Quippe hoc casu nihil est, quod imputetur emptori, si sumptus in rem venditam factos consequi a possessore non potuit. Ut enim supra diximus, nullam habuit actionem emptor de his sumptibus: retentionem vero multo minus, ut qui rem non teneret. Secundum quam sententiam recte vulgo accipitur. *L. cotroversia*, *sup. eod.*

Quod † supra dixi, quemvis dominum rem suam recte vindicare, etiam non oblato 4
pretio, dummodo vere dominus sit, id eo adjectum est: quia in uxoribus militum, quæ diu abfuerunt cum maritis, dum militiæ operam dant, jus constitutum est: ut si per eam absentiam uxores militum aliquid de rebus suis amiserint, dum res usucapiuntur, non minus restituantur in integrum ad res usucaptas vindicandas, quam restituerentur ipsi milites, si quid per eandem absentiam de rebus suis amisissent L. 1. *supr. de uxor. mil.* Sed hac lege, dum pretium refundant, L. *ult. sup. de uxor. mil.* Non mirum, quoniam et jus singulare tributum est ei quæ vere domina non fuit jure, adversus eum, qui dominus esse cœperat per usucapionem: quam ob caussam visum est et beneficium ita temperari, ut sine damno possessoris ejusdemque novi domini contingeret.

Ad L. Si cum quæstio. 17.

Iidem. AA. Mutiano.

Si cum quæstio tibi super eo quem comparaveras, movetur, auctorem tuum certum fecisti, nec citra judicis disceptationem eum quem emeras, tradidisti: præses provinciæ in damnis, quæ te tolerasse meministi, medelam juris adhibebit. PP. V. Id. Novembr. ipsis IV. et III. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Evictio quibus conditionibus præstetur emptori.*

1 RE † vendita emptori ablata venditor eo nomine illi tenetur his conditionibus: si controversia mota emptor venditori denuntiaverit, ut ad agendam caussam ades-

adesset, si videtur; et præterea si non sponte rem restituerit petenti, sed judicio et sententia judicis victus, ut sit ea, quæ dicitur evictio: de quibus diximus initio hujus tituli, et summa ad istam sententiam hic comprehensa est.

Ad L. Si status. 18.

Iidem. AA. et CC. Eutychio.

Si status tibi super homine venundato mota quæstio est: solemnibus quæ juris admittit ratio, interpositis: si secundum libertatem fuerit lata sententia, poteris de evictione ejus quem comparaveras, si nesciens ejus conditionem comparasti, sine aliqua dubitatione auctorem vel ejus fidejussores, heredesve eorum convenire. Quod si fuisse servum sententia declaravit, intelligis ad venditorem te reverti non posse.

SUMMARIA.

1. *In lite evictionis re secundum emptorem judicata, ac proinde re non evicta, nullam actionem esse emptori adversus venditorem, ne de sumptibus quidem in ea lite factis.*
2. *Bartolus in eo reprehensus.*

Hoc rescriptum quatuor continet. Primum, homine vendito in libertatem evicto non minus teneri venditorem emptori ob evictionem, quam si evictus esset ob id, quod alienus esset, aut pignori obligatus: idem scriptum est in L. *sive in libertatem, sup.* Secundum, ita demum emptorem actionem ob evictionem habere, si nesciens, qualis res esset, comparaverit. Scienti evictio non præstatur. L. *si fundum, inf.* de quo *ad* L. 6. *sup. eod.* Tertium, ob evictionem obligari quatuor: venditorem, venditoris heredes, fidejussorem, item et heredes fidejussoris, de quibus diximus *ad L. exceptione*,
1 *sup.* Quartum † singulare est, et præcipue notandum, quod est in extremis verbis rescripti: si in controversia, quæ de re vendita mota est, secundum emptorem judicatum sit, vel dum dominus pronuntiatur, vel dum absolvitur ideo, quod petitur de suo jure probare non potuit, toties emptorem adversus venditorem reverti non posse: non dico ob evictionem, quod stultissimum esset hic monere, cum certum sit hoc casu rem non evinci; sed ob omne aliud damnum, quod emptor propter litem motam passus est: ut puta, non potest de sumptibus in ea lite factis venditor conveniri, quod recte Accursius ex his verbis censuit. Sed ejus sententia reprehenditur a Bartolo in L. 1. *supr.* cujus reprehensionis ille quasdam rationes adfert, de quibus postea.

Nos autem statuamus nihil esse verius, quam re emptori non evicta emptorem nullam adversus venditorem actionem habere, ne de sumptibus quidem litis, quod evidentibus locis et certissimis rationibus confirmatur. Loci in hanc sententiam hi sunt. Primum hic, ubi apparet non de actione ob evictionem responsum esse, siquidem constabat nullam esse evictionem; sed de actione aliorum damnorum nomine, quæ emptori ob litem motam contigissent. Præterea L. *ex empto in pr. et L. servus quem*, §. *ult. D. de act. empt.* quibus in locis clare scriptum est, venditorem emptori re vendita tradita non teneri, nisi ob evictionem dumtaxat; vel quod idem est, non teneri, si emptori habere liceat. Licet autem emptori habere, quandiu res non est evicta. L. *habere*, *D. de evict.* Rationes autem in hanc sententiam multo certiores sunt hæ. Primum injuria emptori facta venditorem contingere non debet, *L. si per imprudentiam*, *in pr. D. eod.* Quod autem controversia facta est ab eo, contra quem sententia lata est, aperte in eo facta est injuria emptori, ut scientia declaravit. Proinde hæc injuria venditorem non attinget, idest, si quod ex ea injuria emptori damnum est, id venditor præstare non debet. Deinde emptione non contracta, certum jus est, omne periculum in re vendita ad emptorem pertinere. L. *necessario*, *D. de per. et com. rei ven.* §. *cum autem*, *Inst. de empt. et vend.* In hoc autem periculo et incommodo rei, sive in casibus fortuitis, quæ circa rem contingunt, est vis aut injuria quæ emptori ab aliis infertur. L. *ad eos*, *D. com.*

D. comm. Quare et hujus injuriæ periculum atque incommodum ad emptorem pertinere debet. Postremo casus futuros post emptionem contingentes certum est ad venditorem non pertinere. *L. Lucius*, D. *eod.* Jam vero hæc controversia, quæ incidit, adversus emptorem post emptionem contractam, non incidit ex caussa præcedente, quam constitit petitorem nullam habuisse. Non igitur hunc casum, et si quid ex eo damni est, præstat venditor. Non me movent, quæ contra afferuntur.

2 Bartolus † ita argumentatur: venditor præstare debet emptori ut rem venditam illi habere liceat, quod et verum est. L. *ex empto*, §. *venditorem*, *D. de act. em.* At, inquit, qui promisit emptori habere licere, is tenetur emptori ob sumptus in litem factos, si controversia emptori mota fuerit. Hoc vero negamus: et aperte falsum est, ut quæ ante disseruimus, convincunt. Nam indignum est relatu, quod ille adfert ad probationem: dum id scriptum esse ait in L. *stipulatio ista*, *in pr. in glos. magna*, *de verb. obl.* Nos æque Accursium in eo falsum esse dicimus, ut et Bartolum hoc loco. Plus probabilitatis habet altera ratio, qua illic utitur. Ait, controversia emptori mota venditorem debere emptorem defendere. Admittimus ex *L. si plus*, *antep.* §. *mora*, *D. eod.* de quo constat ex his, quæ diximus ad L. *emptor*, *supr.* At qui defendere debet, nisi defendat, tenetur in id, quod emptoris interest. Et hoc verum est. Ergo, inquit, venditor ob sumptus in litem ab emptore factos tenetur. Non recte colligit. Venditor enim defendere quidem debet: sed non suis sumptibus, verum emptoris; nec difficile est intelligere ex eo, quod constat, re vendita omne commodum et incommodum rei ad emptorem transire. Retinebimus igitur definitionem hujus loci, quæ dilucide non de evictione, sed de sumptibus in litem factis scripta est.

Ad L. Si obligata. 19.

Iidem. AA. et CC. Theodoro.

Si obligata prædia venundedisti, et longi temporis præscriptione solita emptores se tueri possunt: evictione periculum timere non potes. S. II. Kal. Maji, AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Emptori exceptione temporis postea quæsita venditorem omni periculo evictionis deinceps liberari.*

Prædia, quæ pignori obligata erant, vendita sunt. Ea emptor possedit decem annos inter præsentes, aut viginti inter absentes sine ulla interpellatione eorum creditorum, quibus erant prædia obligata. Ea possessione emptor sibi præscriptionem longi temporis paravit, qua tutus removere possit creditores postea pignus persequentes L. 1. L. *supr. si adv. cred. præscr. opp.* Ita factum est, ut emptori, qui hac exceptione defenditur, jure rem habere liceat, eoque nec possit res ei jure evinci. Hoc posito quæsitum est, si nihilominus post longum tempus creditores adversus emptorem hypothecaria actione agant, et emptor denuntiet venditori, ut ad agendam caussam adsit: utrum venditor defendere debeat emptorem, et nisi defendat, utrum re a creditoribus evicta
1 teneatur ei ob evictionem. Hic † rescriptum est, superiore præscriptione emptori semel quæsita venditorem periculum evictionis timere non posse. Quo significatur neque venditorem cogi adesse ad defendendum emptorem, neque eum re evicta emptori teneri. Hoc consequens est iis, quæ de caussis evictionis non præstandæ diximus ad *L. emptor*, *supr. hoc tit.* Nam si emptor præscriptionem longi temporis creditoribus opposuit, et judex habita ratione præscriptionis emptorem absolvit: palam est eum ob evictionem actionem habere non posse, cum res non sit evicta. L. *si status*, *sup.* Quod si emptor præscriptione longi temporis usus non est, aut cum usus esset, nihilominus judex præscriptionis rationem non habuit, eumque condemnavit: idcirco necesse est eum actionem ob evictionem non habere, quia culpa ejus est, si præscriptionem non opposuit: injuria judicis, si is præscriptionis oppositæ rationem non habuit. Utrunvis autem factum sit, venditor emptori non tenetur.

Ad L.

Ad L. Si parentes. 20.

Iidem. Augusti et CC. Solidio et aliis.

Si parentes vestri mancipia venundederunt, et quæstio dominii mota est: emptoribus adesse, ac defendere caussam non prohibemini. Quod si eis haec etiam evicta sunt, instauratio litis ex persona vestra, si appellationem non interposuistis, contra jus desideratur. Empti sane judicio pro evictione si conveniri cœperitis, nec vobis negotium, ut defendatis, denunciatum probetur: intelligimus quatenus vosmetipsos tueri debeatis. VI. Kalendar. Jul. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Venditorem non appellatum ab emptore, ut ad agendam caussam adsit, non cogi adesse, sed nihilominus posse adesse, ac defendere vel invito emptore.*
2. *Defendente venditore si res evicta sit, emptorem de eadem re agere non posse, nec ex persona venditoris, nisi ab eo appellatio sit interposita.*
3. *Venditorem, cui denuntiatum non est; ut ad agendam caussam adsit, quanvis defensionem ultro susciperet, re postea evicta, non eo magis ob evictionem teneri.*

EX L. *emptor*, et similibus locis superioribus intelligimus, si venditori denuntiatum non sit, ut emptori ad agendam caussam adsit, venditorem non cogi emptorem defendere, neque re evicta ob evictionem teneri. Hinc tria quæsita sunt, de quibus jus constituitur ordine hoc rescripto.

1 Primum, † an quanvis non cogatur venditor adesse, et caussam defendere; tamen possit, si velit, ultro id facere. Et placet eum non prohiberi. Quod sic accipiendum est: ut possit venditor caussam defendere et absente emptore sine mandato, et præsente eo quanvis invito. Absente emptore potest, quoniam omnibus licet jure publico absentem, sine ullo mandato defendere. L. *servum*, §. *publice*, *D. de procur.* Etiam præsente et invito potest duabus de caussis. Primum, quia licet cuivis alterius conditionem etiam inviti meliorem facere. L. *solvendo*, *D. de neg. gest.* Deinde, quia caussa de proprietate rei venditæ quodammodo ad venditorem pertinet: ut videatur interesse ejus, eam caussam instruere et defendere. Pertinet enim ad ejus existimationem intelligi ab omnibus ipsum in ea venditione bona fide versatum esse. Ea res facit, ut quanvis emptor nolit admitti defensionem venditoris, tamen judicis officium sit eam admittere: et nisi admiserit, justa sit caussa ab eo provocandi, quia rejecerit in caussa, quod ex jure recte in caussa fieri potuit.

2 Sequens † quæstio est, si defendente ultro venditore nihilominus res evicta sit: utrum emptor possit iterum de eadem re agere ex persona venditoris. Movet dubitationem, quod sententia adversus emptorem lata est: res autem inter alios acta, aut judicata aliis non nocet, puta venditori, ejusve heredibus. L. *sæpe*, *D. de re jud. res inter alios actas, supra.* Et placet, si venditor appellarit, adhuc agi posse ex appellatione. Potest autem appellare venditor, sive in caussa adfuerit, ut defenderet; sive non adfuerit, quoniam ejus interest, *L. ab exsecutore*, §. 1. *D. de appell.* Cæterum non interposita appellatione, ex persona venditoris eadem lis instaurari non potest, ut hic cautum est: non quod venditori noceat sententia adversus emptorem; dicta, sed quod venditor nihil juris in re habeat, ut proinde ex persona et jure ejus agi non possit. Nam si ante venditionem nihil habuit juris in re vendita, ne nunc quidem habeat ex antecedente caussa. Quod si habuit: id rem emptori tradendo in emptorem transtulit, transferendo amisit. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Tertium † quæritur, si emptor 3 eandem litem instaurare non potest: possitne saltem agere ob evictionem adversus venditorem, qui in lite defensionem susceperat, quasi videatur eo facto etiam evictionis periculum suscepisse? Et si significatur in extremo, venditorem propter defensionem ultro susceptam non teneri ob evictionem, si ei ab emptore denuntiatum non sit, ut adesset: adeo verum est, quod dicitur in *L. emptor*, *et* L. *seq. sup.* venditorem, cui denuntiatum non est, ut ad agendum caussam adsit, ob evictionem non teneri. Et recte: non enim

enim debet ei nocere, quod ultro accessit ad defensionem caussæ, quanvis non interpellatus: nam in eo officium præstitit emptori utile, sibi minime necessarium, posteaquam illi denuntiatum non erat. Nulli porro debet officium suum esse damnosum. L. *si servus*, §. *quod vero*, *D. de fur.*

Ad. L. Empti. 21.

Iidem AA. et CC. Heliodoro.

Empti actio longi temporis præscriptione non submovetur, licet post multa spatia rem evictam emptori fuerit comprobatum. Si itaque is, quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamet: interpellare venditorem, sive successorem ejus debes, ut tibi assistant, caussamque instruant. Quem si liberum esse, vel servum non esse, fuit pronuntiatum: nec te conventione remisisse periculum evictionis fuerit comprobatum: præses provinciæ, si res integra est, quanti tua interest, restitui tibi providebit. S. XI. Kal. Aug. Serdicæ. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Actionem ob evictionem non ante cedere, quam res evicta sit, ideo nulla præscriptione præcedentis temporis, quanvis longissimi, excludi.*
2. *Emptorem non diu possidendo rem emptam, sed possessione præscriptionem acquirendo actionem de evictione amittere.*

HOmo liber pro servo venditus est, et triginta annos possessus ab emptore, tandem cum de suo statu cognovisset, proclamavit in libertatem, et judicio liber pronuntiatus est. Emptor servo evicto cum omnia fecisset in lite, quæ emptores facere convenit, et evictionis periculum non remisisset: agit adversus venditorem ob evictionem actione ex empto, quæ in hanc rem competit. L. *si tibi*, *infr.* Venditor se tuetur præscriptione longi temporis triginta annorum, quod dicat post triginta annos, quam venditio perfecta est, secum agi non posse. Defendi videtur in hac re iis constitutionibus, quibus cautum est, ne actio in personam excedat triginta annos. *L. sicut*, *supr. de præsc. trig. vel quad. an.* L. 1. §. *ad hæc*, *supr. de ann. excep.* Est autem empti actio in personam. Quæstio, an empti actio ob evictionem ad superiores pertineat, ac propterea summoveatur præscriptione longissimi temporis. Rescriptum est hoc loco non summoveri. Et recte: nam † superiores constitutiones locum habent in iis actionibus, quæ semel natæ sunt: ut scilicet ex quo tempore competere cœperunt, exinde etiam cedere incipiat præscriptio. Sic enim verba sunt dictæ L. 1. §. *ad hæc*, *supra*, *de annal. excep.* At non est in hoc numero actio ex empto ob evictionem. Cum enim non competat, nisi sub condictione, si res evicta sit: L. 1. *L. evicta*, D. *eod.* priusquam hæc conditio exstiterit, neque venit, neque cessit hujus actionis dies: denique nulla fuit actio. L. *cedere*, D. *de verbor. signific.* Ex quo intelligitur hanc actionem ante evictionem superioribus constitutionibus non contineri. Quapropter recte respondetur in proposita specie: quanvis post triginta aut quadraginta annos servus in libertatem evincatur, tamen cum actio de ea evictione nunc primum nasci cœperit emptorem præscriptione temporis non impediri, quo minus ob evictionem ex empto recte agat. Sed videtur obstare huic sententiæ *L. si obligata*, *sup.* ubi emptor cum proponatur prædium pignori obligatum diu possedisse: idem eodem tempore dicitur amittere actionem evictionis nomine.

Sed non si in ea specie post longam possessionem emptor actionem ob evictionem amittit, ideo id contingit propter longam possessionem. Contingit ideo, quia emptor diu possidendo præscriptionem acquisivit adversus creditores, qua præscriptione tutus consequitur id, quod habere debet, nempe ut sibi habere rem liceat. At hic ubi proponimus hominem liberum venditum esse, etsi is homo diu possessus sit ab emptore, tamen non ideo emptor ullam præscriptionem acquisivit adversus eum, ut ejus libertatem usucaperet: quoniam adversus libertatem nulla præscriptio quanvis longissimi temporis valet.

let. L. *ult. supra*, *de long. temp. præs. quæ pro liber.* In summa emptor ob solam longam possessionem rei emptæ actionem ob evictionem non amittit, ut hic declaratur: quod secus fit acquisita emptori præscriptione ad tuendam rei traditæ possessionem ut in specie L. *si obligata*, *sup.* Quod in hoc rescripto adjicitur de denuntiatione, id ipsum est, de quo dictum est ad *L. emptor et* L. *si controversia*, *supr.* Quod dicitur de remissione periculi evictionis a nobis expositum est ad L. 6. *supr.* Quod dicitur evictionis nomine actionem esse in id, quod interest, exponetur ad *L. si tibi infra.*

Ad L. Cum tibi. 22.

Iidem AA. et CC. Julio.

Cum tibi liberum venundatum fundum ab actore proponas: si ex antecedente obligatione, quod debebatur, jure solvisti: stipulationem, quam subjectam emptioni de indemnitate proponis, ipsius conceptio commissam manifeste declarat. S. VII. Kal. Sept. Viminacii AA. Coss.

Fundus venditus est liber ab omni nexu pignoris. Sive aperte dictum est, sive de eo nihil dictum est, semper hac lege fundus vendi intelligitur, ut declarat L. *ex his prædiis*, *supra.* Emptor casus fortuitos metuens stipulatus est a venditore, si appareret postea rem alienam aut pignori obligatam esse, et aliquid ob eam rem amisisset, se indemnem præstari: venditor stipulanti promisit. Tandem exstiterunt creditores venditoris, quibus fundus pignori obligatus erat, qui fundum ab emptore eodemque possessore peterent actione hypothecaria. Emptor judicii eventum metuens illis solvit, quod debebatur, ut sic fundum retineret. Eam summam nunc a venditore repetit. Quæritur, an venditor eo nomine possit conveniri. Movet quæstionem, quod emptor non exspectata sententia judicis ultro solvit creditoribus. Supra autem effectum est, emptorem evictionem, atque adeo ullo modo actionem ex empto adversus venditorem non habere, si rem non expectata judicis sententia restituerit, L. *si cum quæstio*, *supr.* *L. utique*, *D. de rei vind.* de quo etiam initio tituli diximus. Et placet hoc loco emptorem de ea summa a se soluta cum venditore agere posse: non empto, ne quis superiora nobis objiciat; sed ex stipulatione, quam supra interpositam proposuimus. Hæc enim, inquiunt Imperatores, commissa est, idest, ejus conditio exstitit ita, ut jam ex ea agi possit. *sub* §. *conditione*, *Instit. de verb. oblig.* Id declarat hujus stipulationis conceptio, qua venditor promisit se emptorem indemnem præstiturum, si quid emptor amisisset propterea, quod res pignori obligata esset. Hæc autem pecunia, quæ soluta est ob eam caussam, illi amissa est ob id, quod fundus fuit creditoribus obligatus. Nam creditores hypothecaria agentes alterutrum a possessore consequi debent: aut quod sibi debetur, aut ut pignus restituatur. *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pig.* Recte igitur ex hac stipulatione etiam ante evictionem agitur.

Ad L.

Ad. L. Cum successores. 23.

Iidem AA. et CC. Eustochiæ.

Cum successores etiam venditoris pro evictione teneri possint: si velut obligata sibi respublica Thessalonicensium pignoris instituat jure persequi, quæ comparasti: auctoris heredibus quocunque gradu constitutis adsistere negotio denuncia. Quod sive præsentibus his fundus, quem emisti, fuerit evictus, sive absentibus: postea, quanti tua interest rem evictam non esse, teneri, non quantum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est. S. II. Kal. Jan. Sirmii AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Evicta re venditorem ob evictionem teneri, quamvis in re defendenda omnia fecerit, quæ ad justam defensionem pertinebant.*

CUM res emptori jure evicta est, et venditori recte denuntiatum, ut ad agendam caussam adesset, venditorem ob evictionem teneri constat: traditum in L. 6. *sup.* Hic adjicitur, quod notandum est, venditorem hoc casu teneri, sive ipso absente res evicta sit, sive præsente. Si eo absente res evincatur: nulla dubitatio, quin teneri debeat, quia manifesta ejus culpa est, quod rem non defendit.

1 At † cum ipse caussæ agendæ adfuit, et omnia fecit, quæ ad defensionem pertinebant, ubi apparet eum extra omnem culpam esse: merito dubitari potest, num hic etiam de evictione teneri debeat, cum nihil debeat jure præstare præter culpam. L. 3. *L. si vendita, D. de per. et com. rei vend.* Et placuit nihilominus eum teneri: optima ratione, quia præter diligentiam, quæ in re servanda ab eo exigitur, etiam rem ipsam debet. Quæ res facit, ut cum hic omnia adhibuerit, quæ illum a culpa vindicent, tamen necesse sit ideo cûm in proposito teneri, quia id non præstet, quod debuit. Nam debuit rem idonee tradere, et præstare emptori rem habere licere. L. *ex empto*, *D. de action. emption.* Non est autem tradita, quæ non perseverat tradita esse, nec licet habere eam, quæ evincitur.

Ad L. Si post perfectam. 24.

Iidem AA. et CC. Eutychio.

Si post perfectam venditionem ante pretium numeratum rei venundatæ mota fuerit quæstio, vel mancipia vendita proclament in libertatem: cum in ipso limine contractus immineat evictio: emptorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, juris auctoritate monstratur. Unde cum parte pretii numerata domus quam emisti, tibi velut pignoris jure obligatæ, ne ad emptionem accederes, denuntiatum ab aliquo proponas: judex tibi, quæ ex emptione veniunt præstari providebit. S. VI. Kal. Feb. Sirmii, CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Ante pretium solutum mota proprietatis quæstione, non cogi emptorem pretium solvere, nisi ei satis offeratur a venditore.*
2. *In limine contractus imminere evictionem, quid sit.*
3. *Evictione imminente nondum ullam actionem esse emptori adversus venditorem non fraudulentum: sed emptorem tamen exceptione doli tutum esse, ne quid etiam venditori præstet.*
4. *Satis offerre quid sit.*

5. *Ven-*

5. *Venditorem de evictione non cogi satisdare, verum et perpetuum; etsi interdum non cogitur pretium solvere sine hac satisdatione.*

TRaditur in L. *Julianus*, §. *ex vendito*, *D. de act. em.* ex vendito adversus emptorem agi posse, ut pretium solvat, idque eum post rem traditam præstare debere. Id cum ea exceptione accipiendum est, quæ hoc loco traditur: nisi ante pretium solutum lis mota sit de proprietate emptori, aut nisi saltem ei controversia facta. Nam alterutrum satis est, ut constat ex principio hujus rescripti, et sine.

1 Ante † pretium solutum si controversia emptori de re vendita fiat, non cogitur pretium solvere, nisi ei a venditore satis offeratur evictionis nomine, ut hic cautum est, *et L. pen.* §. 1. D. *de per. et com. rei vend.* Sed hoc, inquam, si ante pretium solutum dominii quæstio mota sit, ut est in *d. L.*

2 *pen.* vel † ut hoc loco: modo in *limine contractus* immineat evictio, idest, periculum evictionis. Limen contractus accipere debemus, ingressum contractus. Ingressum autem totum illud tempus, quo nondum emptio ex utraque parte impleta est, id est, nondum res a venditore tradita, et pretium ab emptore numeratum. Proinde etsi post quinque pluresve annos ante pretium solutum lis moveatur emptori de re vendita, non cogetur venditori pretium solvere: quasi et hæc evictio immineat in ipso limine, idest, eo tempore, quo nondum omni ex parte venditio perfecta est, atque ita, quo cœpit tantum. Hoc autem, ne emptor pretium solvat hoc casu, consequitur exceptione doli mali opposita, *d.* L. 5. *sup. hoc tit. L. pater.* §. *ex quadrante*, *D. de dol. mal. et met. exc.* Dolus venditoris in eo est, quod petat ab emptore pretium, cum ipse quod debuit recte non præstaret: quæ postulatio est contra æquitatem naturæ, qua fit, ut quod quisque in alterius persona, æquum statuit, ipse in sua quoque persona valere patiatur. L. 1. *D. quod quis. jur.*

3 Cum † dicimus emptorem hoc consequi exceptione, qua venditorem petentem summovet, apparet nihil nos contrarium dicere: *L.* 3. *sup. hoc tit.* ubi placet, quamvis res vendita aliena sit, aut pignori obligata, non ideo tamen eum, qui emit, convenire posse auctorem suum, quamdiu res non sit evicta. Sane enim emptor venditorem convenire non potest eo nomine. Sed si quid a se petatur, non cogitur præstare, ut hic constituitur.

Sed addita est exceptio hoc loco, *nisi emptori satis a venditore offeratur.* Quod si fit, emptor pretium solvere cogitur. Satis † offerre est, satisdationem. Satisdare est, emptori promittere, quod ejus interest, si res evincatur, et amplius eo nomine fidejussores dare. Et in summa satisdare est cavere de re aliqua fidejussoribus datis. L. 1. *D. qui satisd. cog.* Itaque in hac re promissione venditoris fidejussores exiguntur supra scriptis verbis, ut apertius res definitur in dicta L. *pen.* §. 1. *de per. et com. rei vend.* Quod dicitur, venditorem non consequi pretium, nisi satisdet evictionis nomine, non est contrarium ei, quod traditur in L. *emptori*, *D. eod.* venditorem ita duplam repromittere debere evictionis nomine, ut satisdare non cogatur. Verissimum † hoc, et perpetuum, venditorem, a quo cautio de evictione postulatur, non cogi satisdare, quantumvis cogatur repromittere, neque id negamus hoc loco. Nam emptor, a quo pretium petitur, non petit a venditore, ut satisdet: sed petit, ne ille pretium petat. Et vero si satisdationem postulet emptor evictionis nomine, est in venditoris potestate non præstare, pretium non petendo. Petitione enim pretii remota, non est locus exceptioni, qua petitionem istam in hac caussa summoveri dicimus. Porro emptor solam hic exceptionem habet ad eam satisdationem obtinendam, si venditor pergat pretium petere: actionem ad eam rem nullam. Quæ si ita sunt, apparet quanvis imminente periculo evictionis, non posse tamen emptorem aliud a venditore consequi, quam ut ne pretium solvere cogatur. Proinde si venditor pretium ab emptore non petat: non posse emptorem consequi a venditore, quod sua interest, id quod ex emptione præstari solet. L. 1. *in princ. D. de act. empt.* Videtur tamen hoc negari in extremo hujus rescripti, ubi ita verba sunt: *Si ab aliquo denuntiatum sit emptori, ne ad emptionem accederet, judicem provisurum ei præstari, quæ ex emptione veniunt.* Sed hæc adjectio, *quæ ex emptione veniunt*, rem expedit. Non enim venit præstatio ejus, quod emptoris interest, re nondum evicta. L. 3. *sup. eod.* sed nec satisdatio evictionis nomine, nisi imminente periculo evictionis venditor pretium petat, ut hic cautum est, *et d.* L. *pen.* §. 1. *de per. et com. rei vend.*

Ad L.

Ad L. Si tibi. 23.

Iidem AA. et CC. Saturninæ.

Si tibi liberam Saturninus conditionem ejus ignorans distraxit, ac nunc eam defendit in libertatem: hac libera pronuntiata, venditorem vel ex stipulatione duplæ, quantum in hanc deductum est, vel empti actione, quanti tua interest, convenire potes. S. Idib. Febr. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Venditori liberum hominem a se venditum in libertatem asserere licere, sive ignorans vendiderit, sive sciens: hoc favore libertatis.*
2. *Evictionis nomine duas esse actiones, ex empto, et ex stipulatione duplæ.*
3. *Ex empto actio ob evictionem cui, adversus quem et quam ob rem.*
4. *Id quod interest in actione ex empto quid contineat.*
5. *Sumptus in rem emptam factos emptorem a venditore ita consequi posse, si a domino eos servare non potuerit, et rem meliorem fecerit.*
6. *Quanti emptoris intersit rem non evictam, spectandam eo tempore, quo res evincitur, non quo vendita est: et quid referat illud potius, quam hoc spectari.*
7. *Duplæ stipulatio, quæ sit, et quid dupla.*
8. *Ex stipulatione duplæ quid dupletur: tum quando dupletur pretium, quanti res vendita est; quando æstimatio pro bonitate rei, quæ evicta est.*
9. *Bonitas partis evictæ cum æstimatur, eam bonitatem spectandam esse, quæ fuit, cum res vendita est, aut cum aliquid accessit fundo.*
10. *Simplæ quoque stipulationem esse, ut duplæ: quæ sit, et quibus in rebus venditis locum habeat.*
11. *Duplæ et simplæ stipulationis quis usus, cum competat actio ex empto in id quod emptoris interest, quod interdum multo plus continet.*
12. *Duplam emptori a venditore promitti debere: in eam rem esse emptori actionem ex empto, et quo exitu.*
13. *Duplam promitti debere in rebus pretiosioribus: et quæ sint hujus generis.*
14. *Duplam non exigi in illis locis, in quibus moris non est eam exigi.*
15. *Duplæ et simplæ nudam repromissionem esse, non satisdationem.*
16. *Duplæ aut simplæ stipulatione interposita, licere emptori re evicta utra velit actione experiri, ex stipulatu, aut ex empto, prout sibi commodum esse statuet.*
17. *Ex stipulatione duplæ aut simplæ, quæ actio, cui, adversus quem, et ad quid.*

HOc rescriptum tria complectitur. Primum hujusmodi: Evictionis nomine venditorem teneri, sive sciens rem alienam aut pignori obligatam, aut liberam vendiderit, sive ignorans. L. *ex empto*, *L. si servus quem*, §. *ult. D. de act. empt.*

1 Alterum est, † Libero homine vendito licere venditori adversus emptorem eum hominem a se venditum in libertatem defendere. Singulare jus propter libertatem: cum alioqui placeat venditorem vindicantem eam rem, quam vendidit, exceptione doli mali sommoveri posse, L. *vindicantem*, *D. eod. tit.* Hic significatur venditorem id facere posse, si ignorans mulierem liberam vendidit. Dicimus idem eum facere posse, etsi sciens vendiderit. Nam qui ignorans vendidit, non minus dolo facit vindicando rem quam vendidit, quam si sciens vendidisset. Unde semper exceptione doli summovetur, *d. L. vindicantem.* Sed hoc in libero tantum homine vendito receptum est: primum favore libertatis, quæ omnibus rebus favorabilior esse dicitur in L. *libertas omnibus*, D. *de regul. jur.* deinde, quia cum libera defenditur in libertatem, magis ipsa agere videtur, quam venditor, qui tantum defensoris officio fungitur, non vindicantis: vindicat enim non sibi, sed liberæ.

Tertium pertinet ad eas actiones, quæ evictionis nomine competunt: de quibus breviter dicemus. Quando re evicta actio sit emptori adversus venditorem, initio hujus tituli diximus. Hoc † constituto actionem emptori eo nomine esse, quæritur, quæ sit 2 actio. Hæ duæ sunt rescripto hoc comprehensæ, actio ex empto, et actio ex stipulatu de dupla, sive ex stipulatione duplæ: adde etiam ex stipulatione simplæ. Actio † ex 3 empto re evicta semper competit ob evictionem. L. 6. *sup. hic*, *L. ex empto*, *D. de act empt.* Hæc actio emptori datur, ut hic significatur, *d.* L. *ex empto*, D. *de act. empt.* Datur adversus venditorem maxime: sed

sed et adversus omnes, qui evictionis nomine obligantur, in quo numero sunt fidejussores, et heredes tum venditoris, tum fidejussoris. *L. emptor*, *L. si controversia*, L. *si status*, *sup. eod.* Unde circa venditorem illa quæstio: pignoribus auctoritate magistratus ex caussa judicati distractis quis sit venditor, ut iis rebus evictis ob evictionem conveniri possit: de quo *ad* L. *si ob caussam*, *sup.* Competit hæc actio in id, quod emptoris interest, ut hic expressum est. Addere oportet, in id, quod emptoris interest rem evictam non esse, ut est in L. *cum successores*, *sup.* item in L. *evicta*, 70. *D. eod.*

4 Id † quod interest ita definitur Paulo: quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. L. *si commissa*, *D. rem. rat. hab.* Unde intelligimus venditorem emptori teneri ob evictionem actione ex empto in id quod abest emptori ob eam caussam, quod res evicta est, et quod lucrari potuisset, si res evicta ei non esset. His verbis hæc continetur: non pretium rei duntaxat, ut est in *d. L. cum successores*, *sup. et d. L. evicta*, D. *eod.* sed æstimatio rei venditæ, quæ interdum longe pretium excedit. *L.* 1. *in princ. D. de act. empt.* accessiones rei, et quæcunque per occasionem rei venditæ obtingere potuerunt: quibus ideo caret emptor quia rem habere ei non licet: ejusmodi sunt fructus agrorum, animalium fœtus, ancillarum partus, quæ alluvione fluminis accesserunt, ususfructus qui ad proprietarium emptorem rediit, item si qua hereditas per servum venditum obtingere potuit, qui heres erat institutus. L. *venditor*, *D. eod.* Adde damna impensarum, quas fecit ipse de suo in rem emptam, ut melior fieret, quæ ideo illi perierunt, quia res evicta est: de quibus in L. *si cum quæstio*, L. *si controversia*, *supr. eodem.*

5 Sed † in his sumptibus duo præcipienda sunt: primum non aliter eos consequi emptorem, quam si a domino, qui rem evincit, eos servare non potuerit, ut diximus ad L. *super*, *sup. hoc tit.* Hoc amplius non aliter eum consequi, quam si non dico, fecerit eo consilio, ut res esset melior: sed re ipsa rem meliorem fecerit. Meminisse enim semper oportebit, nihil amplius consequi posse emptorem, quam quod sua interest rem evictam non esse: proinde nihil nisi quod ei abest, ob id quod res sit evicta. Jam vero si sumptibus ab emptore factis res melior facta non est, non adsunt ei hi sumptus propter evictionem: cum et sine evictione jam ei periissent.

Ut autem actio ex empto competit in id, quod emptoris interest: ita semper hoc addendum est, competere jus id, quod ejus interest rem evictam non esse. *d.* L. *successores*, *supr.* Quod † hanc sententiam habet: 6
ut in æstimandis damnis emptoris, et æstimando eo quod ei abest, denique in æstimatione rei emptæ facienda tempus spectandum sit non illud, quo res vendita est, ut æstimemus, quanti tum res fuit; sed illud, quo res evicta est, ut tantum præstetur, quanti tum fuit. Ex quo duo sunt consequentia. Primum, ut si post venditionem perfectam valde crevit rei venditæ æstimatio, vel quia exculta est ab emptore vel quia accessionibus naturalibus aucta est, vel quia aliquid accrevit per alluvionem, et ea fecerunt tunc, cum res evicta est: sciamus horum omnium æstimationem emptori præstari debere, quia est id, quod habere posset, quod nunc ideo non habet, quod res evicta est. dicta L. *evicta*, 70. *D. eod.* Alterum, ut si res post venditionem non culpa venditoris multis partibus imminuta est, debilitata, fracta, rupta, ut multo pluris fuerit, cum vendita est, quam nunc est, *d.* L. *evicta* 70. Et hoc postremum ideo, quia quæ ita desierunt, casu perierunt: casus fortuiti periculum emptione contractu ad emptorem, non ad venditorem pertinent. §. *cum autem*, *Institut. de empt. et vendit.* Deinde perierunt ista, sed evicta non sunt: venditor tantum ob evictionem tenetur. Hæc de actione ex empto.

Est præterea, ut diximus, evictionis nomine actio ex stipulatione duplæ adversus venditorem. Sed prior actio semper competit: actio ex stipulatu tunc solum, cum stipulatio interposita est. Videndum, quid sit stipulatio duplæ: tum, quæ sit necessitas hujus stipulationis interponendæ, ne frustra de hoc loco agatur. Stipulatio † duplæ in em- 7
ptione est, qua venditor emptori stipulanti promittit rem emptori habere licere, et nisi habere liceat, duplam L. *habere*, L. *evicta*, 16. §. 1. *D. eodem.* Dupla hic idem valet quod duplum. Duplæ stipulatio est dupli stipulatio, indicat L. *penult. infr.* ubi emptor dicitur duplum stipulari, pro duplam: item L. *vindicantem*, *D. eod.* ubi dicitur emptor ex stipulatione duplæ duplum consequi. Non consequitur autem, nisi quod in stipulationem deductum est. Erat igitur duplum deductum in stipulationem. Idem significatur, cum dicitur: nisi venditor duplam promittat emptori, condemnari eum dupli, in L. 2. *D. eod.* Non condemnatur, nisi ejus rei nomine, quam præstare debuit L. *ult. supr.*

de

de fid. lib. Itaque apparet duplam a veteribus ita dictam esse, ut intelligeretur eo verbo quantitas, sive æstimatio ejus rei, quæ vendita est. Duplum nullum est natura, nisi ad rationem simpli: et quantum simplum est, tantum duplum esse oportet pro portione.

8 Quæritur † igitur, quid hic dupletur, ut intelligamus, quantam duplam esse hic velimus. Et interdum duplatur pretium rei, quanto res distracta est; interdum æstimatio pro bonitate ejus rei, quæ est evicta. Pretium duplatur, quoties aut res tota evicta est, aut pars quidem, sed in quam certum pretium dictum est. L. *si fundo*, *D. eod.* Idem est, et si pars pro indiviso evicta sit. L. 1. L. *ex mille*, D. *eod.* Ex bonitate autem rei evictæ simplum æstimandum est, cum de dupla quæritur, quoties pars certa evincitur, de cujus bonitate constare potest, et in eam partem pretium separatim non est constitutum. *d.* L. 1. D. *eod.* Differentiæ ratio est: quod cum pretium certum constitutum est in rem evictam, tum promittitur dupla æstimationis ejus, quæ constituta est rei venditæ: ea autem est pretium. *d. L. si fundo*, D. *eod.* Sed etsi constare non possit, utrum pars quæ evicta est, prætiosior sit cæteris quæ evictæ non sunt: ibi quoniam de bonitate partis evictæ quæri non potest, res eo deducitur, ut necesse sit, aut nihil, aut tantum pretium ab initio constitutum spectari pro portione: quod contingit tunc, cum pars pro indiviso evicta est. Nam pars pro indiviso non apparet, intelligitur tantum, quippe per totum fundum fusa est. At cum pars certa evincitur, in quam nullum pretium separatim constitutum est, non possumus in ea æstimanda id pretium sequi, quod dictum non est. Ita relinquitur, ut æstimetur pars ex sua bonitate.

9 Bonitatem † autem hic partis evictæ longe ex alio tempore æstimamus quam cum æstimatur bonitas actione ex empto, cum agitur ob evictionem in id, quod interest. Nam id, quod interest rem evictam non esse, æstimatur ex eo tempore, quo res evincitur: ideo et illius temporis bonitas et æstimatio spectatur: quæ si nulla nova esse cœpit post contractam emptionem, aut si magna ex parte imminuta est, eatenus non æstimatur. L. *evicta*, 70. *D. eodem.* At in stipulatione duplæ cum de bonitate partis evictæ æstimanda agitur, eam bonitatem spectamus, quæ fuit, cum res vendita est, aut cum aliquid accessit fundo vendito: non autem quæ est eo tempore, quo res evincitur. L. *bonitatis*, *et* LL. 2. *seqq.* D. *eod.* Differentiæ ratio ex iis rebus, de quibus hæ actiones constitutæ sunt, non difficile intelligitur. Actio ex empto ob evictionem competit de eo, quod evictum est: nec aliud persequitur, quam id, quod interest rem non evinci: ut necesse sit in eo id tempus ipsum intelligi, quo res evicta est. At actio ea stipulatione duplæ id petit, quod in stipulationem deductum est, ut in hac L. *si tibi*, dicitur. Deducta est autem dupla ejus temporis, idest, ejus, quo stipulatio interponebatur. Proinde in ea æstimanda id tempus spectandum est.

Sciendum † est autem, non tantum ob evictionem duplam promitti, sed etiam simplam, ut in rebus venditis non pretiosis. L. *emptori*, 37. §. 1. D. *eod.* Hinc duplæ et simplæ stipulatio interdum legitur, et hinc illa verba L. *emptor*, sup. hoc tit. *neque ex stipulatu*, *neque ex simpla neque ex empto actionem contra venditorem habet.* Quid est illic actio ex stipulatu? aut cur tres actiones illic numerantur, cum in hac L. *si tibi*, numerentur tantum duæ? Nempe actio ex stipulatu illic intelligenda est actio ex stipulatu simplici, quæ collata cum actione ex stipulatu de dupla, nihil aliud est simpliciter, quam actio ex stipulatu. Jam autem dixi interdum interponi duplæ stipulationem, interdum simplæ tantum. Simplum intelligimus simplam quantitatem, seu æstimationem, quæmadmodum et cum duplam nominamus. Hoc 10

† loco exsistit quæstio: cum emptori re evicta constet semper actionem esse ex empto adversus venditorem in id, quod sua interest, quod interdum non simplam tantum, sed etiam duplam longe excedat: cui bono duplam, aut etiam simplam dumtaxat a venditore stipulari, ubi emptori liceat actione ex empto multo plus et facilius consequi. Et duas ad res conducit, vel potius necessaria est, non dico duplæ stipulatio, sed etiam stipulatio solius simplæ. Primum hoc efficit, ut liceat emptori re evicta consequi æstimationem quæ fuit, cum res vendita est, aut certe pretium illius temporis, ut supra diximus ex L. *bonitati*, *et seqq. D. eod.* Quod interdum emptori utile est: quid enim, si post venditionem res multis partibus sit imminuta? actione ex empto æstimationem præteriti temporis consequi non potest, ut ante dixi. Valet ad hoc præterea simplæ aut duplæ stipulatio, ut re etiam ab extraneis evicta, tamen venditor teneatur ex stipulatione, rem emptori habere licere. Sciendum est enim, quemadmodum venditor præstare debet emptori, ut ei rem habere liceat: ita te- 11

teneri eum ex empto, ut id emptori promittat. L. *ex empto*, *in prin. et* §. *venditorem*, D. *de act. empt.* In hac stipulatione si venditor nihil amplius promittat, quam emptori rem habere licere, non tenetur venditor, nisi re ab ipso, aut heredibus ejus evicta: extranei si evincant, non tenetur: quia aut factum extraneorum non promisit, aut si quid, promisit inutiliter, *L. stipulatio ista*, *in pr.* §. 1. *D. de verbor. oblig. L. ex empto*, §. *qui autem*, *D. de act. empt.* Sed hæc ita sunt, nisi pœnæ stipulatio subjecta sit. Hæc ubi promissa est, re a quovis evicta, utiliter pœna petitur. *d.* L. *stipulatio ista*, §. 1. *de verb. oblig.*. Et pœna est, simplæ et duplæ stipulatio. Nam hæ stipulationes nihil aliud continent, quam certam quantitatem, alias simplam, alias duplam, quam promittit venditor emptori, si rem emptori habere non licebit, idest, si ei evincatur.

Ergo, ut cœpi dicere, re evicta non tantum est emptori actio ex empto, sed etiam actio ex duplæ, aut simplæ stipulatione ob evictionem: sed ex stipulatione ita, si stipulatio sit interposita. Hinc de necessitate hujus stipulationis interponendæ quærendum est. Frustra enim de ea agitur, nisi necesse habeat venditor hanc interponere: cum pro non dicto sit, quod ipse præstare, nisi velit, non cogatur. L. *sub hac*, *D. de obl. et*
12 *act.* Ne † igitur putemus frustra susceptam disputationem de hoc genere stipulationis, hoc constituendum est: venditorem emptori obligari, ut duplam promittat, saltem ut promittat semper simplam, L. *emptori*, 37. *in prin. et* §. 1. *D. eod.* Videndum, qua actione id emptor consequatur, tum an semper dupla promitti debeat: postremo quomodo debeat. Et quod ad actionem attinet, competit actori in eam rem ex empto actio. L. *quod si nolit*, §. *quia assidua*, *D. de æd. ed.* L. *ex empto*, §. *venditorem*, *D. de act. empt.* Hujus judicii exitus hic est, ut si conventus venditor duplam non repromittat, dupli condemnetur: nempe tanti quantum petebatur. L. 2. *D. eod.* Duplam promitti oportet: verum neque in rebus omnibus, neque omnibus locis.

13 In † iis tantum rebus moris fuit Romanis duplam exigere, quæ prætiosiores sunt. *d.* L. *emptori*, 37. §. 1. *D. eod.* In hoc genere rerum habentur, primum citra controversiam res omnes soli: proximo loco mancipia. *d. L. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *de æd. ed.* Ex cæteris rebus non male videtur definiri posse, res esse pretiosiores, quæ duos aureos excedunt, argumento uti licet L. *si quis affirmavit*, *in fi.* juncta *L. seq. D. de dol.* ubi ea summa dicitur esse non modica, quæ excedit duos aureos. Porro non male dici posse videtur, eam rem pretiosiorem habendam esse, cujus non modica æstimatio est.

Sed † nec in iis locis dupla exigi potest, 14
ubi moris est eam non promitti, sed simplicem dumtaxat. Hic enim morem et consuetudinem regionis sequimur. L. 6. *D. eod.* Et certe duplæ stipulatio ideo tantum exigi dicitur, quia moris et consuetudinis est eam præstari *d.* L. *quod si nolit*, §. *quia assidua.* Promittitur † autem dupla, aut simpla 15
nuda repromissione tantum, non satisdato: idest, venditor duplam, aut simplam stipulanti emptori promittere cogitur, sed fidejussores in eam rem dare non cogitur. L. 4. *in pr. d.* L. *emptori*, *in prin.* D. *eod.*

Hac † stipulatione interposita sive duplæ, 16
sive simplæ, evenit, quod in hac lege scriptum est, ut emptori re evicta duæ sint ob evictionem actiones emptori adversus venditorem: ex empto, et ex stipulatione vel duplæ, vel simplæ: quarum alterutra emptor uti poterit, prout sibi expedire existimabit. L. *sed et si*, 18. *et* L. *seq. D. eod.* Actione ex empto tunc, cum res plurimi erit, cum evincitur: actione ex stipulatione, cum res pluris fuit, cum distracta est, quam nunc cum evincitur, secundum supra traditam a nobis distinctionem.

Stipulatione † constituta, quæritur de a- 17
ctione, quæ ex ea stipulatione nascitur. Hæc vere est condictio certi ad pœnam certam in stipulatum deductam. *Inst. de ver. obl. in pr.* Hæc ut ex reliquis stipulationibus stipulanti competit adversus promissorem, et competit in tantum, quantum in stipulatum deductum est, ut scriptum est in hac lege.

Ad L.

Ad L. Si quis tibi. 26.

Iidem AA. et CC. Neoni.

Si quis tibi servum vendidit, postquam is rebus humanis exemptus est, cum evictionis periculum finitum sit, a te conveniri non potest: S. II. Kal. April. Sirmii CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Re vendita casu exstincta venditorem emptori non teneri, quanvis constiterit postea rem alienam, aut pignori obligatam fuisse.*
2. *Hoc casu emptorem rem amittere, et nihilominus venditorem pretium lucrari: aliter, atque si res evictione amissa esset.*
3. *Re vendita post litem cum emptore contestatam exstincta, sententiam ferri de proprietate rei, quasi res exstaret: hinc emptori regressum esse adversus venditorem tanquam re evicta.*

1 SI † venditor re vendita tradita, solum ob evictionem tenetur emptori, ut solum obligatur: L. *ex empto*, *in prin. D. de act. empt.* si non tenetur, quamdiu res evicta non est, ut non teneri scriptum est in *L.* 3. *supra*: consequens est, quod hoc loco constituitur, re vendita casu exstincta venditorem eo nomine emptori non teneri, quantumvis rem, quæ exstincta est, alienam fuisse, aut pignori obligatam postea constiterit. Quippe res casu amissa evicta non est. Nam evincere est, rem judicio auferre. L. *non tamen*, *L. habere*, D. *eod.* Non aufertur autem judicio, quæ amittitur casu. Et hæc est ratio, qua Ulpianus in hac specie utitur in L. *si servus*, *D. eod.* ideo hoc casu venditorem emptori non teneri, quia nemo rem
2 evicerit, sed fatum humanæ sortis. Atque † hinc etiam evenit, ut hoc casu emptor rem amittat, et nihilominus venditor pretium lucretur. Quod prima facie iniquum videri potest, præsertim cum scriptum sit L. *ex empto*, §. *qui autem*, *D. de act. empt.* bonæ fidei judicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amittat, et venditor habeat pretium. Sed nihil est æquius. Nam emptione contracta, pro emptore hoc constitutum est: ut commoda omnia rei venditæ ad eum pertineant. Cui consequens fuit, ut et incommoda eum sequi oporteret. §. *cum autem*, *Instit. de empt. et vend.* *L. necessario*, D. *de peric. et com. rei vend.* Consequens dixi, quia ut est secundum naturam commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, L. *secundum*, D. *de regul. jur.* ita contra, quem commoda cujusque rei sequuntur, eum quoque sequi incommoda, L. *unica*, §. *pro secundo*, *in fi. C. de cad. toll.* Est autem in incommodis rei venditæ casus omnis fortuitus, vel potius casus omnis, qui sine culpa et facto venditoris contingit. Et quod dicitur in *L. ex empto*, §. *qui autem*, *de act. empt.* bonæ fidei judicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amittat, et venditor pretium lucretur, nominatim dictum est de eo emptore, qui rem amittit propter evictionem. Est vero iniquum propter evictionem pretium ei perire, quanvis convenerit ne ob evictionem ageret. Nam evictio ex facto venditoris nata est, qui rem alienam vendidit, et ita evictioni caussam dedit.

Hæc † etsi simpliciter ita dicuntur in hoc rescripto, item in dicta *L. si servus*, *D. de evict.* tamen bene monet Accursius hoc idem sic accipiendum esse, si res vendita interierit ante litem cum emptore contestatam. Nam si postea perierit: postulante emptore sententia feretur de proprietate rei; et si res aliena pronuntiata sit: is adversus venditorem regressum habebit non tantum actione ex empto in id, quod sua interest rem alienam non fuisse; sed etiam actione ex stipulatione duplæ, aut simplæ in tantum, quantum in stipulationem deductum est, quasi re emptori vere evicta. *L. utique*, D. *de rei vind.* *L. ult. sup. de assert. toll.* L. *cum servus*, D. *jud. sol.* Sed huic parti videntur refragari ea principia, quæ posuimus de evictione in principio hujus tituli, et ad L. 3. *et* L. 6. *sup.* Sunt autem hæc: venditorem quamdiu res evicta non sit, non teneri: L. 3. *sup.* item, venditorem non teneri, nisi quis rem evincat, vel nisi res amissa sit ob evictionem. Jam vero licet res vendita post litem cum emptore contestatam perierit, non ta- 3

tamen res evincitur, atque adeo nec evinci potest. Nam, ut supra dixi, evincere est, rem auferre: non potest autem sententia judicis auferri ea res quæ non est. Et hæc omnia vera sunt, si fateamur rem, quæ post litem contestatam interiit, non exstare, quod secus est. Non exstat illa quidem natura, sed jure exstare fingitur; ut sententia de proprietate ejus rei lata perinde habeatur, quasi ea exstaret, et esset ablata. Nam si emptorem moram fecisse proponas judicium accipiendo: mora perpetuam facit actionem: idest, facit, ut perpetuo teneatur, quasi res exstaret, *L. item si verberatum, in fin. D. de rei vind. L. nemo, §. 1. D. de verb. obl.* Quod si emptor moram non fecit, is quidem non tenetur ob rem petitam neque in æstimationem ejus rei; sed nihilominus adversus venditorem res adhuc exstare intelligitur, ut emptori a venditore eam consequi liceat. *d. L. utique, de rei vind.* Ita et hæc pars quoque posterior recte constituitur, neque priori adversatur.

Ad L. Si fundum. 27.

Iidem AA. et CC. Theophilo.

Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparavit Athenocles, neque quidquam de evictione convenit: quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Nam si ignorans: desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur. S. XV. Kal. Oct. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Ei, qui sciens rem alienam emit, evictionem non præstari: nisi si quis de evictione nominatim sibi caverit.*

2. *Casus, ubi et scienti præstetur evictio, et paciscenti nihil amplius, quam rei prætium.* L. ult. §. pen. §. ult. C. com. de legat. *sententia et ratio exposita.* ibid.

1 QUI † rem emit conditionis rei non ignarus, talem videtur emisse, qualis est. Proinde re ob eam conditionem evicta venditor non tenetur, extra quam si convenerit, ut ei evictio præstaretur. Semper enim hoc tenendum est ex generali edicto de pactis, omnem pactionem servandam esse, quæ non sit dolo malo interposita, si modo et de re privata est. *L. jurisgentium*, §. *ait*, §. *si paciscar*, *D. de pact.* Et maxime si est contractus bonæ fidei, in quo interposita est conventio: qualis est emptio et venditio, de qua hic agitur, *L. ex empto*, D. *de act. empt.* De hoc jure diximus ad L. 6. *sup.*

2 Utraque † tamen in parte superioris juris sua quædam exceptio est in ea specie, de qua constitutum est a Justiniano in L. *ult. sup.* §. *pen. et ult. sup. com. de legat.* Species ea est: cum rem hereditariam sub conditione legatam heres pendente conditione vendit ei emptori, qui ita legatam non ignorat: deinde impleta conditione rei legatæ legatarius, qui ex eventu conditionis dominus esse cœpit rei legatæ, eam rem ab emptore eodemque possessore vendicat, et jure suo evincit. In hac specie duo illic singularia constituta sunt de evictione rei. Primum, ut emptor quanvis non ignoraverit conditionem rei emptæ, tamen pretium ab herede eodemque auctore suo possit repetere, contra quam hic contitutum est. Alterum, ut nihil possit amplius repetere, quam pretium, etiamsi emptor nominatim sibi duplum caverit, idest, convenerit, ut re evicta sibi dupla præstaretur. Utriusque hujus partis ratio fuit Justiniano id ipsum, quod prius ibidem constituit: ut exsistente conditione rei legatæ venditio, quæ præcesserat, perinde irrita fiat, ac si nulla intervenisset. Hoc jure posito, reliqua duo sunt consequentia, quæ supra diximus. Nam si emptio pro nulla habetur: caussa quæ prius fuerat, finita est, nempe emptio. Ita incipit pretium quod datum est, repeti posse condictione sine caussa. L. 1. *in fin. D. de cond. sine causs.* Deinde si venditio nulla est: consequens est nihil ex iis peti posse, quæ per caussam emptionis promittuntur. Proinde nec dupla ex conventione præstabitur emptori quoniam dupla ex caussa emptionis et rei venditæ evictæ promittitur. Quod autem Justinianus in supra scripta specie constituit, ut exsistente conditione legati emptio habeatur pro nulla: id fecit, ut coerce-

ceret avaritiam heredis, qui tam turpiter contra voluntatem defuncti rem vendidit restitutioni obnoxiam, út ibidem ipse idem significat. Sane emptor, qui scivit rem alienam aut pignori obligatam a se emi, interdum pretium a se numeratum servare potest: sed hoc solum a domino, qui rem ab eo vindicat, et tunc cum pretium in rem domini versum est. L. 1. *sup. si vend. pig. ag. L. emptor*, *D. de rei vind.* de quo diximus ad L. *super*, *sup. hoc tit.* Nec posse eum hoc pretium consequi a venditore propter evictionem hoc loco negamus.

Ad L. Emptori. 28.

Iidem AA. et CC. Maximiano et aliis.

Emptori etiam venditoris jura prodesse non ambigitur. Si igitur vobis propter rei proprietatem mota fuerit quæstio: tam propriis, quam venditoris defensionibus uti poteritis. S. III. Non. Oct. Scuppis, CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Emptorem in lite proprietatis sibi mota et suis propriis et venditoris defensionibus uti posse: et hæ quæ sint.*
2. *Pacti cum venditore interpositi, item rei cum venditore judicatæ exceptio, quo jure ad emptorem transferatur.*

Lite de proprietate rei venditæ emptori mota, is venditore caussam non suscipiente necesse habet ex fide caussam agere, et tueri iis omnibus defensionibus utendo, quæ ad rem pertinent, et quibus potest: de quo diximus ad L. *emptor*, *sup.* Quæritur, quæ defensiones emptori in ea
1 caussa competant. Hic † constituitur emptorem in ea re non tantum propriis, sed etiam venditoris defensionibus, et jure uti posse. Defensiones vocamus exceptiones: L. 4. L. *defensiones*, *sup. de except.* quoniam exceptiones defendendorum reorum caussa comparatæ sunt. *Inst. de excep. in princip.* Propriæ exceptiones emptoris sunt: exceptio pacti cum ipso emptore interpositi, rei cum emptore judicatæ, jurisjurandi emptori dilati. His omnibus emptorem uti posse constat. Hic adjicimus, etiamsi venditor ipse pactus sit, aut judicio absolutus, aut deferente adversario juraverit rem suam esse, posse emptorem uti iisdem exceptionibus. Propone hoc modo: emptor fundi controversiam de proprietate passus est a Lucio Titio, deinde lis inter eos composita, et Titius pactus; ne fundum ab emptore amplius peteret: hinc pacti exceptio emptori quæsita: quæ emptoris propria est §. *præterea*, *Inst. de except.* Vel judicium inter istos processit, et tandem emptor absolutus est: hinc propria exceptio nata emptori, exceptio rei judicatæ. §. *item si*, *Inst. de exc.* His exceptionibus ita emptori quæsitis dicimus, si Titius eundem fundum ab eodem emptore, aut ejus heredibus postea petat: summoveri eum posse: illos quidem exceptione pacti; hunc autem exceptione rei judicatæ, aut jurisjurandi, quæ sunt propriæ emptoris exceptiones. Dicimus idem juris esse, si eadem Titio cum venditore intercesserint, hoc modo. Venditor fundi priusquam fundum venderet, ab eodem Lucio Titio controversiam passus est, et tandem Titius pactus est, se a venditore non amplius petiturum eum fundum; aut venditor eo judicio absolutus est; aut deferente Titio juravit fundum suum esse, unde illi eædem exceptiones comparatæ sunt, quæ supra. Deinde fundum vendidit, et Titius idem hunc fundum ab emptore vindicat: Dicimus, inquam, in hac controversia emptorem posse eum summovere exceptione pacti cum venditore interpositi; exceptione rei cum venditore judicatæ; exceptione jurisjurandi a venditore præstiti: nam hæ sunt defensiones venditoris, de quibus hic dicitur. Et de exceptione pacti conventi hoc jus traditum est diserte in L. *si tibi*, §. *pactum*, *D. de pact.* Sed † quomodo pactum cum 2
venditore interpositum, in alia persona, puta emptoris, potest nocere Titio: cum sit certi juris regula, pacta de una re, aut cum una persona facta, non posse in alia re aut in alia persona nocere? *L. si unus*, §. *pacta*, *in fin.* D. *de pact.* Dicendum est, cum emptor exceptione pacti cum venditore facti utitur, pactum non tam prodesse emptori, quam venditori ipsi qui pactus est: et quod idem est, pactum non tam nocere in persona

na emptoris, quam in persona venditoris. Interest enim venditoris emptorem eo pacto uti: propterea quod nisi utatur emptor ea exceptione, habiturus sit regressum adversus venditorem ob evictionem. Et hoc est, quod alia regula juris traditur, pacta cum aliis personis facta omnibus prodesse, quos non teneri paciscentis interest. *L. et heredi*, §. *ult. L. fidejussoris*, §. *ult.* D. *de pact.* Adde, quod venditor rem vendendo et tradendendo emptori omnes actiones suas ad emptorem transferre intelligitur, L. *postquam*, L. *ex nominis*, *sup. de hered. vel act. vend.* Multo igitur magis existimandus est transferre exceptiones, quibus ad emptorem defendendum opus est, L. *invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.*

Eadem dicere licet de exceptione rei cum venditore judicatæ. Constitutum est, res inter alias judicatas, quemadmodum alii non nocent, ita prodesse non posse. L. 2. *sup. quib. res, jud. non noc.* Quo effici videbatur rem judicatam inter Titium et venditorem fundi non debere emptori prodesse, tanquam alii personæ. Sed dicemus idem, quod supra, cum emptor hac exceptione utitur ex persona venditoris, rem judicatam non tam ipsi prodesse, quam venditori, cum quo res judicata est. Idem de cæteris exceptionibus licet intelligere.

Ad L. Si permutationis. 29.

Iidem AA. et CC. Rheso.

Si permutationis gratia prædia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit: his quæ in eorum vicem accepit, posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum, vel cum eorum non haberet facultatem, evictis, quanti interest, eos conveniri posse, rationis est. S. Idib. Decemb. Nicomediæ, CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Ex permutationis quoque caussa actionem esse ob evictionem ei, cui res evicta est: dum omnia fecerit in lite proprietatis: quibus factis emptori eadem actio competit.*

2. *Re aliena in permutationem deducta, ei qui accepit, etiam nondum re evicta condictionem esse ob caussam dati caussa non secuta: aliter in emptione.*

QUod de evictione constitutum est, re videlicet alicui tradita evicta ei actionem adversus eum esse, qui tradidit, ob evictionem: de emptione solum constitutum est, ut videre est in L. *ex empto, in prin. D. de act. empt.* Sed hoc sic acceptum est ex sententia ejus juris: ut placeret jus pertinere ad omnes contractus, qui emptionis et venditionis vicem obtinent. Cujus generis est, si quid in solutum datum sit, de qua spe-
1 cie dictum est in L. 4. *supr.* Ejusdem † generis est permutatio, de qua hic agitur. Hæc quoque dicitur vicem emptionis obtinere in L. 2. *supra, de rer. perm.* Unde in permutatione uterque ex contrahentibus dicitur emptoris et venditoris loco esse, L. *sciendum*, §. *penult.* D. *de æd. ed.* venditoris: quia mercem dat: emptoris quia pro merce aliud accipit. Hinc est, quod hic constituitur, si res ex caussa permutationis uni ex permutantibus evicta sit: eum ob evictionem actionem adversus alterum habere in id, quod sua interest; uti fieret, si res ei esset vendita: proinde et eadem lege, qua ob evictionem rei venditæ actio competit: idest, si is cui res permutata evicta est, in controversia evictionis omnia fecerit, quæ emptorem facere oportet, ut actionem ob evictionem habeat: puta denuntiarit alteri reo, et præterea caussam defenderit, ut potest. De denuntiatione hic tantum dicitur: sed ita, ut hic alterum quoque sicut in emptione, ad cujus legem revocatur permutatio, intelligi oporteat, quoties ob evictionem agitur. Sed † quoniam de 2
evictione tantum hic dicitur, traditurque eum, qui ex caussa permutationis rem accipit, actionem habere in id, quod sua interest, si ea res evicta sit: quæremus, an priusquam res evicta sit, nullam actionem habeat adversus eum, qui dedit, quanvis constet rem esse alienam. Nam si res illi vendita esset, quantunvis esset aliena aut pignori obligata; tamen nullam actionem haberet adversus venditorem, priusquam res esset evicta *L.* 3. *sup.* Num ergo in permutatione, quam emptioni similem esse volumus, idem probandum est? Respondeo, non idem. Illud emptioni per omnia simile, quod is,

is, cui ex caussa permutationis res aliena data est non potest agere in id, quod sua interest, priusquam res evincatur, ut conditio hoc rescripto addita satis indicat. Hoc interest, quod qui rem alienam accepit, potest id, quod dedit alteri, repetere tanquam ob caussam datum, caussa non secuta. L. *naturalis*, §. 1. D. *de præs. ver.* Quod non licet facere in emptione et venditione. In qua quamvis constet rem venditam esse alienam; tamen emptor pretium a se numeratum condicere non potest, argum. in L. *si non donationis*, *supr. de cont. empt.* Hoc ideo, quod in contractibus, qui suum nomen habent, sic obligatio contrahitur inter contrahentes: ut ex pœnitentia mutare factum non liceat. L. *ab emptione*, *D. de pact.* quod contra facere licet in contractibus innominatis, L. 5. *D. de cond. cau. dat. cau. non sec.*

Ad L. Non ex eo, pen.

Iidem AA. et CC. Hastio.

Non ex eo, quod duplum is, qui a matre tua mancipium comparavit, evictionis nomine stipulatus est, alienæ rei scientia convincitur: nec opinio ejus ex hoc læditur, ut malæ fidei emptor existimetur. Aliis itaque hoc indiciis, si vis, probare debes. S. Id. Decemb. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Venditorem emptori objicientem rei alienæ venditæ scientiam, hunc probare debere et cur.*
2. *Non ideo probari emptorem scivisse rem alienam vendi, quia de evictione sibi cavit.*

Quæstio hujus loci nascitur ex eo, quod traditum est in L. *fundum*, *sup.* eum emptorem, qui sciens rem alienam emit, re evicta jure ob evictionem agere non posse: finge enim eum emptorem agere ob evictionem nihilominus, et venditorem uti hac defensione: ut dicat, emptorem scivisse rem alienam vendi et talem, qualis evicta est; ac de eo esse controversiam an emptor sciverit, necne. In hac controversia introducitur quæstio de probatione, de qua hoc rescripto. In eo duo quæruntur.

1 Primum † utri incumbat probatio, emptorine, ut probet se ignorasse rem fuisse alienam; an vero venditori, ut probet emptorem scivisse. Et de eo significatur hoc rescipto in extremo, venditoris probationem esse. Quod recte ita constituitur: nam cum venditor dicit emptorem scivisse, in eo exceptione doli mali utitur, qua emptorem summovet. L. *apud*, §. *item Labeo*, *D. de dol. mal. et met. exc.* In omni autem exceptione reus actor est, et exceptionem tanquam intentionem probare debet. L. *in exceptionibus*, *D. de prob.* Hoc

2 † posito; alterum quæritur, an venditor idonee hoc probet, si dicat, emptorem duplam a venditore stipulatum esse, de quo hic præcipue quærebatur. Et rescriptum est, non ideo argui emptorem scivisse rem esse alienam, quia sibi duplam cavit. Recte: hoc enim facere solent boni emptores, non tantum qui sciunt rem alienam esse: sed etiam qui ignorant; nam etsi ignorant revera; tamen sciunt fieri posse, ut aliena sit, et postea evincatur: quapropter et adversus futuros casus sibi prospiciunt, ne num illi inciderint, tum cogantur oratione stultorum uti, ut dicant, *non putaram.* Fieri potest, ut quis duplam stipuletur ideo, quia scit rem alienam sibi vendi. Sed hoc non semper accidit: ideo ex stipulatione duplæ non recte colligitur, juxta vulgare dictum. *Non probari hoc esse, quod ab hoc contingit, ut absit.* L. *neque natales sup. de prob.* Sed videri potest hæc quæstio esse supervacua in specie proposita. Proponitur enim emptor sibi nominatim duplam stipulatus esse evictionis nomine. Quod qui fecit, is actionem ob evictionem habet, sive sciverit rem alienam esse, sive ignoraverit: L. *si fundum sup. eod.* ut proinde etiam de scientia emptoris probare æque venditori sit inutile. Et fatendum est, in actione ex stipulatione duplæ quæstionem venditori esse inutilem. Sed qui duplam stipulatus est, potest idem re evicta et ex empto agere: L. *si tibi*, *sup. eod.* verum hac conditione, si non sciens alienam rem vel obligatam emerit, *d.* L. *si fundum*, *sup. eod.* Atque hic demum superiori quæstioni locus est, ubi et superior probatio venditoris admittitur.

* * *

Ad L. Ult.

Vide *L. exceptione*, *supr. hoc tit.*

AD TITULUM XLVI.

COD. CREDITOREM EVICTIONEM PIGNORIS NON DEBERE.

Ad L. Cum. jure. 1.

Imp. Alexander A. Publicio.

Cum jure creditoris propter fisci debita prædium obligatum procurator meus venundedit, evictio non debetur: quia et privatus creditor eodem jure utitur: nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit creditore. Si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emptori non justa nomine fisci movetur controversia: sive quia potior fuerat quando vendebat: sive quia infirmior: quoniam hoc utique præstare debet, qui pignoris jure vendit, potiorem se cæteris esse creditoribus. PP. XV. Kalendas Novembr. Maximo II. et Æliano Conss.

Ad L. Si a creditrice. 2.

Imp. Gordianus A. Sabinæ.

Si a creditrice jure pignoris fundos obligatos pater tuus comparaverat evictis prædiis ita demum petitionem adversus creditricem habere jure potes, si vel cum vendidit, de evictione rei promisit, vel etiam dolo malo, cum sciens prudensque esset rem sine vitio non esse, eam patri tuo cui successisti, venundedit. Nam sicuti genus hujusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit: ita eum qui fraudem admisit, vel decepit, non excusat. PP. VII. Id Apr. Sabino II. et Venusto Coss.

SUMMARIA

1. *Creditorem re evicta, quam jure creditoris, seu jure pignoris vendiderat, si aut aliena evicta sit, emptori eo nomine non teneri, neque in id, quod interest, neque ad pretium restituendum.*
2. *Extra quam, si quid contra convenerit, aut creditor sciverit esse alienam, emptor ignorarit.*
3. *Creditorem pignore quod vendidit, evicto, hactenus teneri emptori, ut cedat ei actiones suas.*
4. *Pignore vendito evicto, et sine cessione utilem esse actionem pignoratitiam emptori adversus debitorem, quatenus debitor locupletior factus est.*
5. *Creditorem re, quam jure pignoris vendidit, evicta, si in bonis debitoris fuit, omnimodo ob evictionem teneri: et cur.*
6. *Creditorem in vendito pignore præstare debere emptori, rem sibi obligatam esse; se in pignore omnibus aliis potiorem esse, et se jus vendendi habere.*
7. *Creditorem nulla ex caussa quamvis dominii postea sibi quæsiti de pignore a se distracto emptori controversiam movere posse.*

Constanter traditum est, si creditor jure creditoris, vel quod idem est: jure pignoris rem sibi obligatam vendat, eum re evicta ob evictionem emptori non teneri, ne ad pretium quidem restituendum. Traditur hoc in *L. ex empto*, §. *sententiam*, *D. de act. empt. L. etsi*, *D. de dist. pig.* Traditur hoc idem in his duobus rescriptis, quæ sequuntur. Sed habet hæc sententia multas cautiones, multis enim modis accidit, ut creditor teneatur ob evictionem. Quare, ut id quale sit, plane intelligatur, de re tota sic habendum est. Cum quæritur; an creditor, qui jure creditoris pignus vendidit, ob evictio-

ctionem pignoris teneatur: multum interest, quam ob caussam res evicta sit emptori: utrum ob id, quod res aliena esset, non debitoris; an vero ob id, quod non esset creditori obligata, sive quod creditor in ea re jus creditoris, seu jus pignoris constitutum
1 non haberet. Si † ob id evincitur, quia in bonis debitoris non fuit: hæc demum evictio est, quam non præstat creditor: adeoque hanc non præstat, ut nec pretium ex hac caussa restituere debeat. Id intelligitur ex suprascriptis quatuor locis, in quibus indistincte scriptum est, creditorem non teneri. Nusquam autem alibi hic casus exceptus est, cum res in bonis debitoris non fuit. Non adversatur huic sententiæ, quod generaliter traditur in L. *non dubitatur*, *sup.* de evict. *etsi specialiter venditor evictionem non promiserit*, *re evicta ex empto competere actionem*. Hoc enim cum hac exceptione semper accipiendum est: nisi aperte aliud actum sit, ut ibi docuimus. Nunc autem cum creditor vendit rem jure creditoris, hoc agi intelligitur, ut præstet venditori creditoris jus: extra hoc jus ne teneatur. Quid est enim jure creditoris, nisi pro eo jure, quod creditor in pignore constitutum habet? Jure pignoris, idem valet, ut indicatur in extremo *L.* I. *hic*, lege pignoris vendere. L. *etsi is*, D. *de distr. pig.* Hoc enim significatur vendere hoc pacto et conventione interposita, ut dicatur creditor rem tanquam pignus vende-
2 re. Sed † hic duæ res exceptæ sunt: conventio creditoris, et dolus. Primum, ut maxime creditor jure creditoris rem vendat; tamen evictionem præstabit, si hanc emptori repromiserit, ut est in L. 2. *hic.* Cum omnis pactio non fraudulenta in bonæ fidei contractu interposita servanda est, et actionem parit: *L. ex empto*, *in pr. D. de act. empt.* L. *in bonæ*, *sup. de pact.* tum maxime ejus rei interposita stipulatio, quæ etiam per se valet jure civili. §. *de constituta*, *Instit. de act.* Sed et extra conventionem si creditor scivit rem alienam esse, non debitoris: æque tenebitur ob evictionem rei, quoniam decepit emptorem. Sine exceptione definiendum est, semper emptorem venditori, et venditorem emptori dolum suum præstare debere, estque hæc exceptio in *L. ult. in fine*, *hic*: eadem in dicta L. *ex empto*, §. *sententiam*, *D. de act. em.* His remotis recte diximus, creditorem ob evictionem venditi pignoris, quod quidem vere ei datum sit, non teneri, dum tamen hoc ita temperetur, uti proposuimus: ut ne scilicet teneatur aut in id, quod interest emptoris aut ad pretium restituendum, dicta *L. empto*, §. *sententiam*, cæterum † placet eum re evicta saltem ad hoc teneri ex empto, ut quam habet actio- 3
nem adversus debitorem suum, qui rem alienam pignori dedit, eam præstet, idest, contrariam pignoratitiam actionem: æquissimum enim videri id saltem consequi emptorem: quod sine dispendio creditoris futurum est. Hoc in *L. creditore*, *D. de eviction.* Ita qui rem adversus creditorem servare non potest, potest hac actione cessa servare adversus debitorem. Quinimo † et nulla cessa actione 4
placet emptori ultro utilem actionem dandam ex empto adversus debitorem ipsum, quatenus pretio illius rei locupletior factus est. *L. rescriptum*, §. I. *D. de dist. pig.* Atque hæc ita sunt, si res evicta sit ob id, quod non esset in bonis debitoris.

Quod † si res in bonis debitoris fuit, et 5
nihilominus jure evicta est, generaliter probandum est omnem eam evictionem sine exceptione creditorem præstiturum: quoniam ideo evinci rem necesse est, quia defuit ei jus creditoris, sive jus pignoris; quo tamen jure rem vendidit: semper autem in venditione id præstare venditor debet, quod dixit, ubi propter id rem pluris vendidit L. *ea*, *quæ*, D. *de cont. empt. et vend.* Idque aperte declaratur exemplo hereditatis venditæ: quam cum heres vendit jure heredis, semper hoc præstare debet, se heredem esse, et eam hereditatem, quam vendit, esse eam, ex qua heres exstiterit. *L. quod si nulla*, D. *de her. vel act. vend.* Ut autem certius statuamus id ita esse in pignore vendito, facient ea, quæ plura in hac venditione a creditore exigi legimus, quæ ex illo principio ducta, id verissimum esse confirmant.

Hinc † ergo est, quod placuit, cum cre- 6
ditor jure creditoris pignus vendit, ante omnia illum præstare debere emptori, rem sibi obligatam esse pignori. Id declaratur in principio L. I. *et L.* 2. *hoc tit.* Quod enim dicitur utroque in loco, creditorem evictionem non debere, adjecta hac conditione, si vendidit fundum obligatum: satis significat, si creditori res pignori obligata non sit; eum ob evictionem teneri. Cur ergo teneatur hoc nomine, nisi quia dixit se creditorem esse, et pignus se vendere, quod dictum in omni venditione præstandum est? Placet præterea creditorem emptori in hac venditione præstare debere non tantum sibi rem pignori obligatam esse; sed etiam se in eo pignore omnibus aliis creditoribus esse potiorem L. I. *in fin. hic.* Quod quidem non alia de caussa exigitur, quam quod qui posterior cre-

creditor est ex pluribus, is jus vendendi pignoris non habet; atque ita simpliciter jus plenum pignoris non habet, ut priori creditori noceat. L. *creditor*, 12. *D. qui pot. in pign. hab. L.* 2. *et ult. sup. si antiq. creditor.* Porro creditor, qui se dicit vendere jure creditoris, hoc dicit se jus pignoris habere: proinde et jus habere vendendi pignoris. Nam proprium jus pignoris est, vendere licere. *L. si cessante*, *sup. de dist. pig.* L. 4. *D. de pig. act.* Cui consequens esse recte quis dixerit, si creditor fuit quidem primus, atque adeo solus; si tamen propter conventionem nominatim interpositam cum debitore non habuit jus vendendi pignoris, atque ideo venditum ab illo pignus evictum est: evictionis nomine hic quoque eum teneri: quippe multo minus hoc casu jus habuit vendendi pignoris, quam posterior creditor.

Ad † extremum notandum est, ubicunque 7 evictionem creditori in pignore non nocere placet, ibi evictionem alienam intelligi debere. Ut autem evincat ipse, quod vendidit, ejusque rei ex alia caussa quanvis postea sibi nata quæstionem moveat, neque jus, neque æquitatem pati. L. *etsi*, D. *de dist. pig.* L. 1. illic; *si tamen*, hoc tit.

AD TITULUM LVI.

AD LEG. SI UNQUAM LIB. VIII. C.

Iidem AA. ad Orphitum *præfectum Prætorio.*

Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos: totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. Dat. V. Kal. Apr. Arbitione et Lolliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Revocandæ donationis caussæ.*
2. *In beneficio* L. si unquam, *quæ spectanda.*
3. *Patrono soli beneficium hic tributum, non aliis donatoribus.*
4. *Qui liberos habet; cum donat, ad eum non pertinere beneficium hujus legis: et cur.*
5. *Ne sic quidem, quanvis idem alios liberos postea susceperit: et quare.*
6. *Inofficiosæ donationis revocationem esse dissimilem, et cur.*
7. *Donanti tribui beneficium hujus legis, non autem aliter contrahenti; differentiæ ratio.*
8. *Ad quascunque res donatas, etiam singulas, revocationem hujus donationis pertinere.*
9. *Liberis postea susceptis revocationi donationis ex hac lege locum esse; nec convalescere donationem, quanvis ii liberi postea decesserint vivo donatore, et eo, qui vivus non repetierat donata.*
10. *Testamentum agnatis postea liberis ruptum convalescere, si liberi vivo adhuc testatore decedant: aliter atque in donatione infirmata ex hac caussa: et differentiæ ratio.*
11. *Liberis post donationem susceptis, quanvis decedant postea vivo donatore, non ideo tamen cessare caussam revocatæ prius donationis.*
12. *Liberis postea susceptis donatori ipsi tribui revocationem donationis, non liberis: ut neque liberorum consensus ad eam rem sit necessarius, nec liberorum factum patri noceat.*
13. *Totam donationem revocari ex beneficio hujus legis.*
14. *Ipso jure donationem revocari ex caussa hujus legis, et num. seq.*
15. Revertendi *verbo quid significetur.*
16. *Revocandæ donationis caussa ex beneficio hujus legis donatori competere, et actionem in rem, et condictionem.*
17. *Condictionem in proposito esse tanquam ob caussam dati caussa non secuta, aut finita: eandem ex obligatione, obligationem ex contractu.*
18. *Beneficium revocandæ donationis ex hac lege ad alios donatores, quam ad patronum non pertinere, et quæ in eam rem argumenta.*
19. *Demonstratur liquido ex verbis ipsius* L. si unquam.
20. *Demonstratur ex aliis partibus juris.*
21. *Demonstratur ex sententia Augustini translata in jus Pontificium.*
22. *Demonstratur ex sententia et ratione* L. si unquam: *et quam distent reliqui donatores a patrono in beneficio ejus legis.*
23. *Singulare hic beneficium tributum patrono: ut quanvis in aliis donatoribus eadem ratio esset, tamen non debeat beneficium ad eos produci.*
24. *Inofficiosæ donationis propter liberos revocationem multum distare a revocatione hujus legis: distare in caussa revocationis.*
25. *Distare genere ipso revocationis: quippe cum illa, et aliis detur, et alio tempore, et de alia quantitate, et non ipso jure.*

26. *In-*

26. *Inter revocationem inofficiosæ donationis, et eam, qua ex hac lege est, differentiæ ratio: cum videatur utraque concedi propter liberos.*
27. *Natis post testamentum liberis non ideo legata prius data revocari: multo minus donationem inter vivos ab extraneo donatore ante perfectam.*
28. *Legatum ita datum filio, ut id restituat post mortem suam Titio, liberis ab eo relictis revocatum intelligi.*
29. *Idem probandum in donatione inter vivos, si pater filio emancipato quid donaverit ea lege ut id post mortem suam restitueret Titio.*
30. Jure poli *restitui debere donata, quid sit Augustino.*
31. *Natis donatori post donationem liberis, non cogi ne jure quidem divino donatarium, ut donata reddat; excepta ecclesia Augustino: et cur putemus hanc in hac re excipi debere.*

1 REvocandæ † simplicis donationis caussæ summæ duæ sunt, ingratitudo donatarii, et liberi a donatore postea suscepti. De priore genere, idest, caussis ingratitudinis, propter quas donationem revocare liceat, comprehensum est maxime in L. *ult. hoc tit.* De genere posteriore jus totum propositum est in L. *si unquam, C. de revoc. don.* qua de hac revocatione et caussa cautum est, nec usquam alibi in jure civili nostro. Itaque ejus legis explicatio, quale sit hoc genus revocationis, ostendet. Verba legis hæc sunt: *Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos: totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* Tribuit ergo hæc constitutio, ut apparet, beneficium novum donatori ad revocandam donationem jure ante perfectam.

2 In † eo duo spectanda, quibus beneficium hoc continetur: primum caussa beneficii, tum beneficium ipsum, illius caussæ effectus. In caussa beneficii est illa omnis conditio, qua hoc beneficium tribuitur lege superiore. Beneficium est ipsa illa revocatio donationis: in qua videndum est, qualem eam esse velimus ex verbis legis: eamne, quæ jure ipso donationem infirmet, et res donatas ad donatorem statim transferat; an vero quæ nihil amplius tribuat, quam rerum donatarum condictionem. Caussa et conditio beneficii initio legis comprehensa, si observamus, quinque continet: personam certam donatoris, ad quam beneficium refertur; tempus donandi, seu statum donatoris, quo ille donat; caussam dati; res datas; et agnationem liberorum. Quæ singula quid valeant, quia non perinde omnibus liquet, diligenter consideremus: ne aut minus faciamus beneficium, quam est, aut producamus longius, quam quo ex lege pertinet.

3 Primum † constitutio personam certam donatoris exprimit, cui revocationem tribuit, nimirum patroni: Sic enim scribit, *si libertis patronus donaverit.* Proinde si quis non patronus donaverit extraneo, ad beneficium legis non pertinet: ut quanvis liberos non habens donaverit, ac postea suscipiat liberos: nihilo magis infirmetur donatio ex hac lege. Hæc enim conditio est, si patronus libertis donaverit. Certi juris est, hanc vim esse conditionis omnis, ut quod sub conditione cessante adimi intelligitur, et contra ea exstante datum intelligatur; L. *quibus* §. 2. L. *aliquando, D. de cond. et dem.* valetque hæc sententia et interpretatio non tantum in contractibus et supremis voluntatibus, sed etiam in legibus sub conditione conceptis; et quidem in his maxime: exempla in L. 1. vers. *hujus rei*, D. *de off. ejus, cui mand. est jurisd.* L. *si procuratorem*, 8. §. *si ignorantes, in fi. cum §. seq. D. mand.* Sed dissentiunt prope omnes ad unum interpretes, exceptis admodum paucis, ut ex veteribus Azone: ex doctis viris nostræ ætatis, Connano: vicitque hæc opinio, ut existiment, ac velut pro explorato statuant, quisquis liberos non habens cuicumque donaverit, liberis postea ei susceptis, donata ad eum redire. Itaque majorem disceptationem res desiderat: quam idcirco in extremum rejecimus, ut separatim discutiatur. Nunc tantum sumemus id, quod dant verba constitutionis, eoque et orationem ad patronum conferemus.

Tribuitur igitur beneficium hujus legis patrono donatori primum, sed neque id simpliciter. Secundum † exigitur in conditione hujus legis, ut donet, filios non habens. Ex 4
quo intelligitur, si patronus ipse liberos habens donet libertis, donationem non infirmari propter liberos. Efficiturque verbis eadem ratione, qua supra. Hæc enim oratio, *filios non habens*, resolvitur in hanc, *cum filios non haberet*. Hæc autem, *cum filios non haberet*, conditionem habet, *si filios non habeat*, L. si Titio, *D. quan. d. L. ced.* L. *quodcunque*, §. *pen. D. de ver. obl.* Quo fit, ut liberos habens si donet, tanquam cessante conditione legis, cesset etiam donationis re-

revocatio. Quod tamen videri possit constitui absurde, contraque regulas juris et naturæ. Etsi enim postumis, et qui postea nascentur, idem tribuitur, quod liberis jam natis: nunquam tamen tantum, ut sint meliore conditione, quam nati. Quinimo id in beneficio juris ponitur, quod qui in utero sunt, habentur pro jam natis, cum de commodis eorum agitur. L. *qui in utero*, *L. pen. D. de statu, hom.* Quapropter videbatur convenire, quod propter liberos postea natos tribuitur donatori, idem illi tribui propter liberos jam natos, quos habuit, cum donavit: quod contra statuatur, absurde constitui, ut hoc loco. Et esset ita, si beneficium revocationis in hac lege tribueretur patrono propter liberos postea susceptos. Nunc autem tribuitur ei propter voluntatem et tacitam conventionem ejus, qua id egit, ut donatario propter liberos ad se rediret. Hæc voluntas existimatur esse in eo, qui liberos non habens donavit; non item in eo qui habuit, cum donaret: atque hinc differentiæ ratio. Nam qui liberos non habet, si donat: videtur idcirco donare, quia liberos non habet, non donaturus utique, ut credibile est, si haberet. Nemo enim in re dubia creditur alienas successiones propriis, extraneos suis liberis velle anteponere. *L. cum acutissimi*, *supr. de fideicom.* Hæc autem cogitatio facit, ut qui hoc statu donat, intelligatur donare hac lege, ut donatario maneat, si liberi postea ei non nascantur: ex contrario autem, ut si nascantur, redeat. In eo, qui liberos habens donat, apparet nullam ejusmodi mentem et cogitationem esse de revocanda donatione propter liberos eos, quos jam habet. Qui enim liberos se habere sciens donat, hoc ipso aperte declarat, se non prohiberi liberis, quominus donet, nec velle propter eos revocare donationem, quam illis jam natis maxime confirmat.

5 Et † hæc de jam natis ante donationem liberis facilius quis admiserit, quia lex nominatim exigit, ut donator liberos postea suscipiat. Quid ergo, si patronus liberos quidem habens donet, sed postea susceperit alios liberos? An non saltem propter eos, qui postea nati sunt, revocationem donatori dabimus? Verba ostendunt nihilomagis hoc casu revocationi locum esse: lex enim revocationem tribuit liberis quidem postea susceptis, sed hac conditione: si patronus donaverit, cum filios non haberet. Quare si tum habuit, manifestum est legi locum non esse, ut de vi conditionis ante diximus. Dixerit aliquis, verba legis etiam hoc casu revocationem donationis admittere. Sic enim dat revocationem patrono, si donaverit filios non habens, deinde postea susceperit liberos. Quod quidem in proposito videtur contigisse: donavit enim patronus, cum hos liberos non haberet, ac deinde eos postea suscepit. Sed conditio legis non est hæc, si patronus non habens liberos hos aut illos, aut qui postea suscepti erunt, donaverit; sed simpliciter, si liberos non habens donaverit: ut dicendum sit, si quos tum habuit, non esse revocationem ex conditione hujus legis. Id facit eadem illa ratio, qua ante usi sumus. Nam qui liberos habens donat, aperte ostendit se non esse hac mente, ut propter liberos velit donationem infirmari: quam, ut dixi, non impedientibus liberis nihilominus constanter confirmat. Quod si hac mente est adversus liberos jam natos, ut nolit propter eos revocari donationem: par est existimari, illum eadem mente esse erga eos, qui postea nascentur. Repugnat enim charitas et sensus communis naturæ, quominus existimetur pater velle plus tribui liberis futuris, quos non novit, quam jam natis et præsentibus, nec male meritis, quos novit. Itaque si quis in hac specie illud objiciat, in quibus cum caussis, tum personis eadem ratio est, in his idem jus statui debere. *L. illud*, *D. ad L. Aquil.* liberos autem postea natos semper in eadem caussa esse, sive pater, cum donavit, liberos alios habuerit, sive non habuerit. Proinde utroque casu donationem pariter revocari, quanvis pater alios liberos habens donaverit: hoc modo, inquam si quis argumentetur: in promptu est responsio ex iis, quæ modo posuimus: recte scilicet ita colligi, siquidem revocatio hujus donationis tantum propter liberos postea susceptos tribueretur. Sic enim cum in omnibus liberis postea natis eadem caussa esset, nec mutaretur propter eos, qui ante nati essent: recte diceretur etiam in omnibus idem jus esse oportere. Jam autem diximus, idque ex hac conditione: *filios non habens*, satis apparet, revocationis ejus, quæ hic tribuitur, caussam nasci ex tacita voluntate donantis id agentis, ut propter liberos donatio revocetur, cujus voluntatis conjectura non cadit in eum, qui liberos habere se scivit, et donavit tamen. Sed † utrique huic parti de 6
liberis jam natis, et de iis qui post illos postea nati sunt, opponitur totus Titulus *de inoffic. don. sup.* Omnia enim rescripta ejus tituli consentiunt in hanc sententiam: si parens omnia bona sua donaverit, ut sic immoderata et inofficiosa sit donatio: placere re-

revocari donationem usque ad debitum bonorum subsidium, idest, usque ad legitimam portionem jure naturæ liberis debitam, olim quartam ejus portionis, quæ futura esset ab intestato succedentibus: L. *Papinianus*. §. *quoniam*, *D. de inoffic. test.* hodie trientem, aut semissem pro numero. *auth. novissima*, *sup. de inof. test.* idque indistincte propter liberos quoslibet non tantum post donationem, sed etiam jam ante natos. Et omnino ita jus est de inofficiosa donatione: sed adjici debuit, tribui istam revocationem inofficiosæ donationis non parenti, sed liberis fraudatis donatione, proposita his inofficiosæ donationis quærela, idque mortuo parente ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti. L. 2. L. *pen.* L. *ult. sup. de inoff. don.* Et quod dicitur in L. *si totas*, *sup. eod.* donationem inofficiosam, quatenus inofficiosa est: ad patrimonium patris donantis reverti, sic intelligendum est: ut redeat mortuo tantum patre, et ita, si liberi id postulent, adjicitur enim ibidem, *reverti donatum ad patrimonium patris, sed hactenus, ut liberi debitum bonorum subsidium consequantur*: cui subsidio locus non est vivo patre, uti nec quærelæ inofficiosi testamenti, cui per omnia similis est inofficiosæ donationis querela *d. L. ult. sup. de inoffic. don.* Nihil hoc jus huic constitutioni adversatur, qua tribuitur revocatio donationis propter liberos, non liberis, sed donatori ipsi vivo, et statim. Hæc vero revocatio, sive omnium bonorum donatio fuit, sive partis tantum: nulli tribuitur, nisi ei qui donavit liberos non habens; ei qui tunc habuit: nunquam, neque propter liberos jam natos, neque propter postea susceptos.

Tertium † exigit conditio hujus legis, ut
7 patronus donaverit, idest, ut dandi caussa sit donatio. Quod eo pertinet: ut si quid vendiderit patronus liberto, si quid cum eo permutarit, si quid denique negotii cum illo extra caussam donationis gesserit liberos non habens: sciamus hic nihilomagis infirmari, quod gestum est, quanvis patronus postea libertos susceperit. Atqui donatio in libertum collata non magis confirmatur ab initio voluntate patroni, quam venditio, permutatio, aut negotium quodvis aliud cum liberto interpositum. Cur igitur minus revocentur cætera negotia, si intersit patroni, quam donatio? si proponatur patronus ea fecisse, quæ facturus non esset, si liberos haberet? veluti si latifundia quædam paterna vendiderit: quæ si liberos haberet, his servasset, ut dignitati et nomini familiæ conveniebat. Differentiæ ratio est, quod in cæteris negotiis, ex quibus quid liberto abest, revocari gestum non potest sine damno liberti, cui aut non reddetur, quantum abest, aut si reddetur, cogetur recipere, quod jam ei non expedit. At donatio sine damno donatarii revocatur: hac enim revocata dici quidem potest donatarius lucrum non facere, seu lucrum, quod prius ex donatione fecerat, non retinere; damnum autem facere dici non potest, quia hic nihil ei abest de suo: est autem damnum patrimonii nostri deminutio. L. 3. *D. de dam. infect.* Porro ut in re, sic et in jure multum interest: amittat quis debita, aut sua; an lucra non capiat, ut est in *L. ult.* vers. *pen. sup. de codic.* 8

Quartum † est in hac conditione, ut patronus donet omnia bona, vel partem aliquam facultatum, quod ad res universim donatas pertinet. Quid ergo, si donet res aliquas singulas: ut neque donet omnia sua, neque dicat se donare partem certam bonorum, puta dimidiam, tertiam, quartam? Nihilominus idem juris erit, ut susceptis videlicet postea liberis res donatæ revocentur: quia et hæ superioribus verbis continentur. Sunt enim et ipse pars bonorum, utpote et ipsæ ex bonis, et eæ, quibus bona constant. *L. si quis cum totum*, *in princip. et §. ultim. D. de except. rei jud.* Unde et illud responsum est, inter legatum partis bonorum, et legatum rerum singularum nihil interesse, nisi quod in legato partis bonorum electio datur heredi, utrum det res singulas, an rerum æstimationem. Sed utrumvis fecerit, semper verum est res singulas, ut bonorum partes, legato contineri. *L. non amplius*, §. *ult. D. de legat.* 1. Loquitur quidem hæc constitutio de parte non bonorum, sed facultatum. Sed facultates cujusque et bona idem valent, L. *nam quod*, §. *ult.* juncta *L. cogi*, *in princ. D. ad Trebell.* 9

Quintum † et postremum exigit conditio hujus legis, idque vel præcipue: ut patronus qui donavit, liberos non habens, postea susceptis, si cætera concurrant, donationis liberos susceperit. Ita liberis postea revocatio est ex hac lege. Quid ergo, si qui nati erant, iidem deinde vivo donatore decesserint, et eo quidem donatore, qui donatione aperte non revocata obierit: an nihilominus manebit revocatio; an vero donatio, quæ agnatione liberorum infirmata erat, sublatis postea liberis convalescet? Plerique putant convalescere, cum ob alias caussas, tum ob hanc maxime, quod caussa hujus revocationis cessare videtur sublatis postea liberis: sic autem jus est, ut cessante caussa be-

beneficii, cesset et beneficium. Sed verius est, quod et Bartolus recte sensit adversus illos disserens in L. *Titia*, §. *Imperator*, *D. de legat.* 2. liberis semel post donationem susceptis ab eo donatore, qui liberos non habens donavit, ita donatas res redire ad donatorem ex beneficio hujus legis: ut quamvis postea liberi vel statim decesserint, nihilomagis convalescat donatio, restituaturve in pristinam caussam, sed donatum maneat perpetuo penes donatorem. Si verba legis spectamus, propemodum id exprimunt. Volunt enim donatum ita redire, ut in dominio donatoris deinceps maneat. Vetant ergo id ullo casu auferri. Ablatum enim quovis casu, non maneret. Si rationes juris quærimus, hæ sunt complures, quæ rem minime dubiam efficiunt. Primum inest in beneficio hujus legis, ut dominium rerum donatarum statim ad donatorem redeat susceptis liberis, ut postea dicetur. Certi juris est, quod cujusque factum est, id ab invito domino ad alium non transire. L. *id quod*, D. *de reg. jur.* L. *si procurator meus*, *D. de acq. rer. dom.* Tum autem ut nihil aliud ex hac lege acquireretur donatori, quam conditio rei donatæ, atque ita post susceptos liberos res maneret donatarii, ut ante: tamen vel hæc ipsa caussa satis est, ne confirmetur donatio quovis casu invito donatore. Nam et hoc juris certi est, actionem alicui semel quæsitam invito eo resolvi, eique auferri non posse. L. *habere*, *in fi.* D. *de evict.* Postremo eodem beneficio legis efficitur, ut quemadmodum res redit ad donatorem: sic prius a donatario recedat, unaque et actio omnis, quæ illi eo nomine competierat, exstinguatur. Non minus autem et hæc juris certi sententia est, actionem semel exstinctam eventu non revocari. L. *Mævius*, §. *duorum*, *D. de legat.* 2. *L. qui res*, §. *aream*, D. *de sol.* Disputari tamen contra solet: in eoque tria afferuntur, quæ opponuntur superiori sententiæ, de quibus breviter respondebo.

10 Primum † opponitur exemplum testamenti rupti, unde hæc ratio ducitur. Paria sunt, ut videtur, per omnia testamentum agnatione liberorum ruptum, et donatio agnatione liberorum irrita facta. Utrobique enim proponuntur res similiter irritæ factæ: et ambæ irritæ ex eadem caussa, puta ob liberos postea natos; illic testatori, hic donatori. At testamento natis postea liberis rupto, si iidem liberi vivo testatore deinde decesserint, quod prius subtilitate juris nullum erat, jure prætorio tanquam sublato impedimento, quod prius obstabat, convalescit. *L. postumus*, *D. de injust. rup.* Par est igitur, ut donatio, quæ ex hac lege irrita facta erat ob natos postea liberos, iisdem postea vivo donatore decedentibus convalescat. Sed etsi hæc prima fronte similia videri possint: multa tamen in his sunt longe dissimilia, quæ et jus istarum rerum in eo, de quo quæritur, merito distinguunt. Testamentum, in quo postumus præteritus est, agnatione postumi rumpitur jure civili. Et hoc jure quamvis mortuo postea postumo testamentum non restituitur: quia eo jure nullum est, quod et ipsum in donatione agnatione liberorum revocata servari dicimus. Sed confirmatur testamentum jure prætorio, si mortuus erit deinde, qui natus erat. Merito: quia et potest, et æquum est confirmari iis de caussis, quarum nulla cernitur in donatione semel revocata. Testamentum nato postumo, qui præteritus erat, rumpitur, sed subtilitate juris civilis; cæterum re ipsa et natura nihilominus manet. Superest enim semper scriptura eadem testamenti, eædem subscriptiones, atque eadem signa testium; sed et voluntas testatoris. Quare si moriente deinde statim eodem postumo confirmetur a prætore testamentum, I mirum videri non debet: est enim quod confirmetur, quod agnatione postumi tolli non poterat. Atque hinc prætoris confirmatio, ut declaratur *in* §. *non tamen*, *Inst. quib. mod. test. infir.*

At donatio semel irrita facta ob liberos postea susceptos, in totum ita tollitur ex hac lege, ut nihil inde supersit. In totum enim recedit dominium a donatario, et eadem opera ad donatorem redit. Quo fit, ut mortuis postea iisdem liberis, non confirmetur donatio, quia nec potest, quæ nulla est. Præter rem, quæ subest in testamento, est etiam magna caussa, cur sublato deinde postumo ipsum confirmetur. Manet enim eadem voluntas testatoris, quæ prius fuerat, et hanc etiam publice interest exitum habere. *L. vel negare*, D. *quem testam. ap.* In donatione, quæ irrita facta est, omnia contra. Sic enim res ad donationem redeunt, ut non modo dici non possit interesse, voluntatem donatoris de confirmanda eadem donatione ratam haberi, quod certe dici non potest, etiamsi hæc ulla voluntas esset; sed ne hic quidem quidquam proponatur de ejus voluntate, cur velit eas res iterum a se discedere, et donationem revocari. Invito autem eo donatio confirmari non potest. Nulli enim debet jus suum auferri. L. 2. D. *de his*, *qui sunt sui*, *vel al. jur.* Huc accedit, quod cum testamentum sublato postumo confirmatur, uti sit hoc testa-

statoris voluntate; ita fit et sine cujusquam injuria. Cum enim vivo testatore nascitur postumus, simul et moritur, si scriptis testamento heredibus tribuitur hereditas, ea prius nullis adimitur, ne postumo quidem, aut ejus heredibus; quia prius nulli quæsita erat, viventis enim nulla est hereditas. L. 1. *D. de her. vel act. vend.*

At donationem semel revocatam ob liberos postea natos, iisdem statim mortuis confirmare sine manifesta injuria donatoris non possumus. Huic enim per infirmationem donationis res quæsitæ erant, aut condictio: quas res illi adimimus, si donationem confirmamus. Hoc vero neque jus, neque æquitas patitur. Nihil igitur simile in testamento rupto convalescente, cur hujus exemplo similiter et donatio in proposito convalescere debeat mortuis iis liberis, quorum agnatione interciderat. Objicitur etiam exemplum L. *fœminæ, in fi. sup. de sec. nupt.* Ubi fœminæ liberos habenti, si transierit ad secundas nuptias, adimitur potestas omnis alienandi res a marito priore profectas. At iidem liberi si decesserint, redit alienandi potestas. Dicamus igitur, inquiunt, hoc idem in donatione, ut si auferatur propter liberos, iisdem postea de medio sublatis restituatur. At quam nihil est in hoc exemplo simile? Non enim fœminæ superiori adimitur illarum rerum alienatio sub conditione, si liberos habere cœperit, aut si liberos quandoque habuerit; sed ad tempus, quandiu habebit liberos. Proinde iisdem verbis legis illi conceditur, si liberos habere desierit. Non sic revocatur in proposito donatio; sed hac conditione, si liberos postea susceperit. Quæ conditio impleta sine ulla præfinitione temporis et in perpetuum revocat donationem. Sed præcipue moventur quidam illa ratione, quam supra attigimus, caussa beneficii cessante, cessare et beneficium, sicuti et natura in omnibus rebus accidit, ut sine caussa non sit effectus *L. in omnibus caussis id observatur, D. de reg. jur.* Hoc enim posito ita assumunt: at donatio in proposito revocatur propter liberos postea susceptos, atque his postea mortuis cessat caussa revocationis. Quo efficitur et his mortuis deficere beneficium legis, eoque et convalescere donationem, quæ prius agnatione liberorum irrita facta erat. Et puto nil verius dici in universum, quam caussa cessante cessare effectum.

11 Sed † falsum est in proposito caussam beneficii hujus legis cessare, si liberi, qui postea suscepti erant, decedant deinde vivo donatore. Caussa enim revocationis hæc est inter cætera: quia liberi postea suscepti sunt. Hæc caussa semel impleta cessare, aut deficere non potest. Quantumvis enim vel millies, si fieri posset, liberi postea decesserint: tamen semper verum erit liberos a donatore fuisse susceptos, nec quominus ita suscepti sint, ullo eventu potest fieri, facta enim infecta fieri non possunt. L. *in bello*, §. *facti*, *D. de capt.* Desinere quidem possunt esse liberi: at susceptos eos esse, quæ hujus revocationis caussa est, nunquam verum esse desinet. Stet igitur hæc sententia: Si patronus liberos non habens aliquid de bonis suis liberto donaverit, et is postea susceperit liberos, sic donationem infirmari, et donata ad donatorem redire, ut cum redierint, perpetuo maneant, quisquis erit liberorum eventus.

Caussam beneficii hujus legis habemus: beneficium quale sit, videamus. Id continetur his verbis: *totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* Quo indicantur hæc tria: cui tribuatur hæc revocatio; quantum revocetur, et quo jure, quove effectu.

Tribuitur † ergo revocatio donatori, ad 12
quem donata redeunt, non item liberis postea susceptis: ut intelligamus, etsi liberi postea suscepti huic revocationi caussam præbeant, nihil tamen illorum caussa constitui: certe nihil his tribui, sed tantum patri donatori, qui hac lege donavit, ut datum redderetur, si liberos postea susciperet, quæ conditio exsistit liberis susceptis, de quo mox plura. Sequitur igitur, ut sive liberi ratam habeant donationem: sive non habeant, et sive vivant, sive moriantur, nihilominus donatori revocatio statim competat, et semper: quorum utrumque diversum est in revocatione inofficiosæ donationis, quippe quæ liberorum caussa constituta est, non donatoris.

Eademque † ista de caussa ex beneficio 13
hujus legis ob susceptos postea liberos, totum revocatur, quod donatum est: non ut in inofficiosa donatione, tantum, usque ad debitum liberis bonorum subsidium. Sed de hac dissimilitudine dicam paulo post plenius, ubi locus incidet istas species distinguendi, ne jus de una constitutum videatur alterius juri adversari. Nunc tantum judicare satis est, ne frustra videamur monere, donatori hic consuli, et simul eodem beneficio totum revocari.

Revocatur † autem hic donatio ipso jure, 14
idest, ita ut sine facto donatarii, itemque donatoris dominium donatario recedat, et ad donatorem legis hujus beneficio transeat. Id enim dicimus exsistere ipso jure, quod exsistit

stit jure solo, sine opera cujusquam. §. *sui*, *Inst. de hered. quæ ab int. def.* Duo priora verbis hujus legis expressa sunt, ut non egeant probatione. Tertium non est expressum, sed tantum significatur illis verbis; *donatum revertatur in donatoris arbitrio ac ditione mansuram.*

15 At † dubitari potest de verbo *revertendi*: nam quæ a donatario redduntur donatori, non male, opinor, dicantur res verti: uti et quæ traduntur alii a domino, dicuntur transire. *L. id*, *quod nostrum*, *D. de reg. jur.* Cur ergo ex his verbis dicamus donata redire ad donatorem statim et ipso jure: ex eorum veborum significatione amplius cognoscendum est. Et vero reverti proprie id significat. Ut enim ire dicitur proprie, qui per se it: qui autem alieno facto, magis dicitur aut agi, aut duci, aut ferri, vel portari: *L.* 1. *D. de ser. rust. præd. L. ferri*, *D. de verb. sig.* ita redire et reverti dicuntur, quæ per se redeunt; quæ autem aliena traditione, magis transferri, aut restitui, reddive. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Atque hic fere hujus verbi usus est in jure: ut cum dicimus bona a patre in filiumfamilias profecta ad patrem reverti: ubi significatur, hæc bona ita reverti ad patrem, ut etiam maneant in dominio ejus ipso jure. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* item cum dicimus: ædificio sublato, quod in littore positum erat, locum in pristinam caussam reverti: L. *in tantum*, *in pr. D. de rer. divis.* ut intelligamus locum fieri publicum ut ante, sua sponte, sine cujusquam facto. Quare ex hac significatione et hoc caveri in hac lege intelligendum est: ut totum quod donatum est, donatarii esse desinens, statim ad donatorem transeat jure ipso sine ulla donatarii restitutione, aut donatoris possessione. Didicimus enim a proprietate verborum recedendum non esse, nisi manifestum sit aliud sensisse scriptorem. L. *non aliter*, *in pr. D. de legat.* 3. Id amplius verba sequentia confirmant in *L. si unquam*: addit enim lex, *revertatur in arbitrio donatoris ac ditione mansurum.* Et dicuntur esse arbitrii et ditionis nostræ, quorum arbitri et moderatores sumus, eæ autem sunt res nostræ, seu quæ sunt dominii nostri. L. *in re mandata*, *sup. de mand.* Vult ergo lex sic donata ad donatorem reverti, ut sint in dominio viventis, et maneant: neque enim manere possunt, nisi quæ prius pervenerint. Vult igitur statim redire, nec donatarii factum, aut restitutionem desiderari. Nam si hanc exspectamus, sæpe eveniet, ne res donatæ post susceptos a donatore liberos, subjiciantur dominio donatoris, nedum in ejus dominio maneant. Multis enim modis accidere potest, ne ei vivo restituantur, vel quod ante mortuus sit, quam repeteret, vel quod ante mortuus, quam repetenti redderentur. Et ita *revertendi* verbum, et beneficium hujus legis vulgo recte acceperunt. In quo jus singulare revocationis notandum est. Nam quæ ita donatur inter vivos, ut fiant accipientis, si revocata donatione restitui debent: ita revocatur donatio, ut non aliter rursum fiant donatoris, quam si ei reddita sint, et tradita a donatario: juxta regulas juris, quæ ad transferendum dominium ad eum, qui dominus non erat, et voluntatem prioris domini exigunt, et traditionem, qua et res in possessionem novi domini veniat. *L. id*, *quod nostrum*, *D. de reg. jur. L. traditionibus. C. de pact.* Beneficium est igitur, et quidem singulare, contra rationem juris communis donatori in hac specie tributum. Cui locum fecit persona donatoris. Observandum est enim id tribui patrono adversus libertum, quod non item tribueretur in simili revocatione aliis donatoribus. Hoc † jure posito, consequens est id, quod Ac- 16
cursius sine probatione quidem, vere tamen scripsit ad hanc legem *in fine*, donatori patrono post liberos susceptos et actionem in rem competere, et condictionem: illam, qua vindicet res donatas a possessoribus; hanc, qua condicat rerum donatarum possessionem a donatario, ejusque heredibus. Vindicationem esse certum est, hæc enim omnibus dominis competit, L. *in rem*, *D. de rei vind.* Posuimus autem donatorem jam inde a liberis susceptis retro dominium factum esse ipso jure. De condictione potest dubitari, propterea quod ita traditur, neminem rem suam condicere præterquam a fure. L. *ult. D. usuf. quem cau.* §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Et sane res ipsas donator, idemque dominus condicere non potest, ut fiant ejus, quæ jam satis ejus sunt. Sed potest condicere rerum possessionem quæ ejus non est, quippe quæ ad eum nisi naturali apprehensione pervenire non potuit. L. 1. L. 3. *in pr.* L. *cum heredes*, *in pr. D. de acq. pos.* Deque ea re ita jus est: quoties dedi tibi, quod necesse habeas jure mihi reddere, si dominium in te translatum non est, puta quia rem alienam dedi; aut translatum quidem dominium, sed quod apud te esse desiit, ut in proposito: toties mihi condictio competit, saltem ut possessio reddatur: ut de re indebita soluta, quæ aliena erat, re-

sponsum est in *L. indebiti*, §. 1. *D. de cond. dem.*

17 Est † tamen et hic illa dubitatio. Est enim condictio actio in personam. L. *actionum*, *D. de obl. et act.* §. *sic itaque Inst. de act.* Quod si in personam, etiam ex obligatione: cum non sit in personam actio, nisi adversus eum, qui nobis obligatus est. Dicta *L. actionum*, §. 1. *Inst. de act.* Quod si qua hic donatarii obligatio est ad possessionem rerum reddendam, necesse est ex una aliqua earum caussarum nasci quas jus agnoscit, contractu, quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio. Ex qua igitur volumus? Constat hic nullum esse maleficium, aut quasi maleficium donatarii. Nec quasi contractus quidem intelligi potest in ea re, quæ communi consensu gesta est inter aliquos, unde et obligatio oritur: qualis est donatio, quæ proponitur. Relinquebatur igitur ad condictionem in proposito contractus. At nullus contractus sine consensu de ea re, de qua agitur, L. 1. §. 1. *D. de pact.* ubi autem iste consensus de re susceptis postea liberis restituenda? ubi res simpliciter et sine ulla conditione restituendi data est? Sed ne dubitemus obligationem hic esse ex contractu et negotio gesto: idque ideo, quia ex conventione et consensu. Est enim hic conventio inter donantem patronum, et liberum accipientem interposita: tacita illa quidem, attamen conventio, quam hæc lex admisit. Id ita esse sic intelligere possumus. Aut enim obligatio ad reddendam possessionem constituta est hac lege propter liberos ipsos; aut si quid est caussæ extra liberos, necesse est caussam esse in voluntate donatoris, qui hac mente et lege dederit, ut si liberos postea susciperet, sibi donata restituerentur. Propter liberos solos non esse constitutam hanc revocationem, non difficile est intelligi ex constitutione: alioqui enim aut tribueretur revocatio liberis, non donatori; aut si donatori propter liberos tribueretur, non tantum propter liberos post donationem natos, sed etiam propter eos, qui tempore donationis nati essent, quorum utrumque lex non vult. Restat igitur, ut intelligamus caussam revocationis esse in tacita mente et cogitatione patroni ideo donantis, quia liberos non haberet, ac si haberet vel tum, vel postea, donatum nollet. Ex quo intelligitur ita donasse, ut donatum maneret, velut ob caussam, si liberos non susciperet: quod si susciperet postea, velut caussa non secuta, vellet donatum ad se reverti. Estque hæc conjectura voluntatis maxime probabilis, eademque recepta jure in persona patris, ut existimetur in liberali erogatione bonorum suorum nolle extraneos liberis suis anteponere. L. *cum acutissimi*, *in fin. sup. de fideicom.* Notandum satis ad conventionem, donatorem hac mente fuisse, ut sibi donatum reddi vellet, nisi et donatarius eadem lege acciperet. Est enim conventio non unius voluntas, sed duorum pluriumve consensus. L. 1. D. *de pactis.* Sed etsi convenisset tantum, ut res redderentur, non tamen efficeret hæc conventio, ut caussa non secuta dominium ipso jure rediret ad donatorem; sed ut obligaretur tantum donatarius ad reddendum. Hic ergo constitit beneficium hujus legis, duo patrono donatori tribuens. Primum, ut ejus mens et voluntas de infirmanda donatione si susceperit liberos, rata sit: perinde quasi eam legem dixerit donationi, libertus autem eandem legem acceperit: nam hoc nisi fit, nulla est donatoris revocatio, L. *si repetendi*, *C. de cond. ob caus.* Alterum, ut videatur patronus ita legem dixisse, ut susceptis postea liberis non redderetur donatum, sed pro non donato haberetur, atque hoc modo ad donatorem rediret: libertus autem in hanc ipsam legem consensisse. Utrumque recte præsumptum ex conditione personæ ejus, qui accepit, liberti. Est enim, cur existimetur libertus pro officio idem sensisse, et concessisse patrono, propter honorem et affectum, quem debet cum patrono, tum liberis ejus. Tacita igitur hic conventio inter dantem et accipientem lege confirmata. Unde et obligatio hujus generis ex contractu, quia ex consensu. Non enim quia conventio tacita est, eo minus valet, quam expressa. *L.* 4. D. *de pact.* Et quoniam donatarius obligatur hic ad reddendum: apparet eum re obligari, qui ideo obligatur, quia prius rem acceperat. §. 1. *Inst. quib. mo. re cont. obl.* Ex quo condictio donati quam hic quærimus, tanquam dati ob caussam caussa non secuta.

Cognita sententia legis de beneficio revocationis, quod hic propter liberos postea susceptos tribuitur donatori patrono, superest, discutiamus diligentius, utrum ex hac lege, aut ullo alio jure idem tribuatur, aut tribuendum putemus donatori extraneo. Vulgo, ut dixi, invaluit hæc sententia vetus, legem hanc ad omnes donatores etiam extraneos pertinere: ut quisquis liberos non habet, si donet, et postea susceperit liberos, eodem jure donata ad eum revertantur. Et quidem ita accepta est hæc sententia jam olim a Bartolo, ut ne in eam quidem ille inquirendum putaverit: ubique videlicet eam pro exploratum,

ta sumens, et ad eam reliquas quæstiones et responsiones suas accommodans, maxime *ad L. Titia, §. Imperat. D. de legat.* 2. De qua prius, quam dico, paucis præfabor: si alicubi translata sit hæc opinio in mores, aut legem scriptam, non esse jus iniquum, et ut reliqua jura servandum esse. L. 2. L. *de quibus, D. de legib.* Sed et si sint aliquæ præfecturæ, aut aliqui magistratus, qui contrariam sententiam omnino non audiant: suadendum est, non esse temere suscipiendam defensionem ejus rei, quæ obtineri non potest: præsertim ubi amissa caussa sequatur periculum famæ cum damno litis conjunctum.

18 Sed † si nobis res sit apud eos magistratus, qui patiantur regi jure communi, et vinci rationibus, et quæritur, quid hic statuendum sit ex jure civili, et Pontificio: sine hæsitatione contendo nihil minus verum esse, quam donationem perfectam ab eo, qui liberos non habuit, revocari liberis ab eo postea susceptis: excepto solo patrono donatore, de quo jus singulare hic constitutum est. Id ut certius liquat, paulo pluribus demonstrabo, omnia, in quibus sit aliqua auctoritas juris, reclamare. Primum ipsam hanc L. *si unquam*, maxime: tantum abest, ut ex ea potuerit, aut debuerit colligi ista sententia. Secundo loco jus commune in universum, ejusque regulas. Tertio optimam sententiam Augustini de hac specie diserte contra scriptam, quæ et ipsa pro jure accepta translata sit in jus Canonicum, et quodnam in eo fuerit etiam jus civile, dilucide ostendit. Omnia tamen hac lege: ut si forte apud aliquos hanc sententiam non obtinebimus, non ideo his supervacua sint ea, quæ supra de reliqua sententia legis disseruimus; sed pariter eos adjuvent, ut quæ ad omnem donatorem, cui ex hac lege revocandæ donationis potestas est, ex æquo pertineant. Volunt autem isti ad omnes donatores sententiam hujus legis porrigi: quod nunc negamus. Jam ergo ad id refellendum, ut institui, quia minore cum damno id futurum est, libentius accedo.

19 Inprimis, ut proposui, refragentur † manifeste verba et ratio hujus legis, quominus existimetur hoc beneficium pertinere ad donatores extraneos. Primum, ut nihil sit aliud, lex de patrono donatore, et liberto donatario tantum loquitur. Non enim ita scripta est: *si quis cui. donaverit*, sed nominatim, *si patronus libertis donaverit.* Hæc interpretatio in hujusmodi legibus apud omnes juris auctores pro certa recepta est: Quoties lex de certis personis tantum loquitur, quibus aliquid beneficii tributum voluit, legem ad alias personas non pertinere. L. *si vero, §. pen. D. sol. mat. quem dos pet.* L. *quod constitutum* D. *de test. mil.* Quare quod patrono tantum nominatim hic tribuitur, non potest ex hac sententia non videri denegatum cæteris donatoribus. Quæ ut interpretatio a nullis veterum constituta esset; tamen manifesta ratio suadet legem ita accipi oportere. Est enim hæc in primis præceptis legum omnium semper legem ita accipiendam, ne sit supervacua, aut inepta. L. *in fi. D. de captiv.* quia scilicet aliter prudentiæ legislatorum non convenit. At si *L. si unquam* sic accipimus, ut pertineat beneficium legis ad omnes donatores: non tantum supervacue, sed etiam inepte refertur constitutio ad certam personam patroni. Cur enim nominatim de patrono tantum dicitur, quod æque ad omnes pertinet? præsertim cum ut verius, sic et facilius dici potuerit hoc modo: *si quis cui donaverit*, quam *si patronus liberis donaverit*: Sed quo magis ex his verbis id dicamus, hoc accedit, quod lex de patrono tantum non simpliciter loquitur, ei superius beneficium tribuens; sed ita, ut tribuat ei beneficium nominatim sub conditione, si unquam patronus libertis donaverit. Nihil est certius, quam quod supra posui: in omnibus legibus, in omnibus scriptis atque conventionibus, quod sub conditione datur, sub contraria conditione adimi, et contra quod adimitur sub conditione, sub contraria conditione dari. *L. quibus* §. 2. *D. de cond. et dem.* L. 1. vers. *hujus, D. de aff. ejus.* L. *si procuratorem.* 8. §. *si ignorantes, in fin.* juncto §. *sequent. D. mandati*, L. *pecuniam*, *D. si cert. pet.*

Quare hac conditione tributa revocatio, si patronus donaverit, non potest ex his verbis, quin sub contraria conditione denegari intelligatur, si patronus liberto non donaverit. Idque etiam, ab istis, qui dissentiunt, admitti necesse est, vel ipsis auctoribus, si modo sibi constent. Cur enim vulgo volunt non infirmari donationem, si donator liberos habens donaverit? nempe quia hac lege infirmatur sub conditione, *si liberos non habens donaverit.* Ex quo intelligitur sub contraria conditione donationem statui. Item cur volunt donationem, permutationem a patrono initam cum libertis non revocari ob liberos postea susceptos quia revocatio hujus legis est sub conditione, si patronus donaverit. Unde intelligatur sub contraria conditione cætera excludi. Postremo cur volunt non liberis ante donationem natis, ut liberis postea susceptis donatio.

tionem revocari: cum potius convenire videretur, ut quod tribuitur natis postea liberis, idem tribuatur citius jam natis et superstitibus? non ob aliam caussam, quam quod conditio hæc erat, si patronus *postea* susceperit liberos: quia conditione deficiente necesse est revocationem denegari: quod nihil aliud est, quam denegari sub contraria conditione. Concedant igitur oportet ex eadem hac sententia sua, beneficium hujus legis non tribui extraneis donatoribus quia hæc quoque conditionis legis pars sit, si donaverit patronus libertis: ipsi autem in reliquis partibus conditionis consentiunt, quod sub conditione constitutum est, sub contraria denegari. Si ratio legis quæritur, non minus et hæc adversatur sententiæ superiori: neque enim eadem est conditio extranei donatoris et donatarii: patroni donatoris et liberti. Sed de hac ratione dicetur opportunius infra in iis, quæ pro ista sententia afferri solent.

20 Venio † ad alias partes juris, de quibus pariter constabit, non minus eas in universum eidem sententiæ refragari: in quibus hæc sunt. Quæ ab initio recte gesta perfectaque sunt, eventu non infirmantur, quanvis in eum casum inciderint, a quo incipere non poterant: multoque minus, si inciderint in eum, a quo poterant incipere. *L. in ambiguis*, §. 1. D. *de reg. jur.* §. *furiosi*, *Inst. quib. non est per. fac. test.* Donatio quæ proponitur, jure perfecta est, nulla nominatim conditione addita repetendi. Quocirca nullo eventu liberorum postea susceptorum infirmari potest: præsertim cum liberis susceptis exstiterit ille casus, a quo donatio incipere ita poterat, ut non metueret donatarius revocationem: nam si donator liberos habens donasset, effectum est donationem revocari non posse. Item, quæ consensu duorum pluriumve geruntur, ad ea gerenda liberum est cuique accedere, aut non accedere. Re autem consensu semel contracta et perfecta, nulli contrahentium licet ab ea recedere invito adversario. L. *sicut*, *sup. de obl. et act.* Merito: est enim regula naturæ, quæ dictat, nulli jus suum detrahendum. *L. 2. D. de his qui sunt sui, vel alien. jur.* qua eadem efficitur, actionem alicui semel quæsitam ad res acceptas persequendas: aut exceptionem quæsitam ad res retinendas nulli auferri posse. L. *habere*, *in fi. D. de evict.* L. *ult. D. de pact.* Proinde nec poterit auferri donatori in proposito, postquam res donatæ simpliciter in eum translatæ sunt. Hinc superior regula cum in aliis negotiis omnibus tum maxime in donationibus obtinet: de qua hæc nota est, et crebro usurpata juris certi sententia, semel perfectam donationem, cui lex ab initio dicta non sit, revocari non posse. *L. cum ancillam*, L. *si repetendi*, *Cod. de cond. ob caus.* L. 5. *L.* 6. *sup. de revoc. don.* Una exceptio est in donatione, nisi sit justa aliqua caussa donationis revocandæ. Hanc enim ob ingratitudinem donatarii revocari posse constat. L. *ult. et tot. tit. hic.* non alia ex re, quam quod hæc revocationis justa caussa habita est, ingratitudo donatarii. Sed tamen revocandi justam caussam semper subesse oportet. At ubi extraneus donator liberos suscepit postea, nulla hic caussa est ad donationem revocandam. Erit enim hæc caussa aut in donatario, aut in donatore aut in liberis postea susceptis. Nihil horum est. Non est ulla omnino in donatario, quia nihil admisit, quamobrem donatum amitteret, ut fit, cum donatarius se ingratum præbuit. Non est in donatore, qui simpliciter donans nihil ostendit, cur vellet aliquo casu donata ad se reverti. *L. 1. D. de don.* Et ut forte apud se fuisset hoc animo, ut vellet aliquid sequi, quo non secuto nollet donatum manere; tamen nihil hoc ei prodest ad revocationem, nisi nominatim eam caussam et conditionem adjecerit donationi: placetque non propterea donationem revocari posse, ut diserte traditum est in *d.* L. *si repetendi*, *sup. de cond. ob caus.*

Non est etiam caussa ad revocandum in liberis postea susceptis. Nam si nati sunt facto donatoris, utpote ab eo procreati, nemo facto suo actionem exceptionemve alteri quæsitam potest ei auferre, aut mutare: *L. debitorem*, *sup. de pig.* et generaliter nemo alterius conditionem potest deteriorem facere. L. *solvendo*, *D. de neg. gest.* *L. non debet alteri*, *D. de regulis juris.* Sed et propter liberos solum non revocari donationem ex hac lege, hinc facile intelligi potest: quod lex revocationem solum dat ob liberos postea susceptos: et ei, qui tunc cum donabat, liberos non habuit. Quod sane futurum non erat, si lex in eo habuisset rationem liberorum. Nam alioqui idem tribuisset et natis jam ante, quibus ut filiis non minus consuli oportuit. Fortasse etiam magis propter prærogativam nascendi. Adde his ex jure communi exemplum legatorum, quod superiorem sententiam perspicue refutat. Constat facilius revocari legatum voluntate testatoris, quam donationem voluntate donatoris. Nam legata pendent ex unius testatoris voluntate, eaque ambulatoria usque ad ultimum vitæ spiri-

tum: quamobrem et sola voluntate testatoris etiam tacita revocantur, *L.* 3. *in fi. L.* 4. D. *de ad leg.* Donatio quoniam duorum consensu constat, non potest donatoris voluntate revocari invito donatario, *d. L. sicut, sup. de obl. et act.* Atqui legatum ipsum propter liberos postea a testatore susceptos non revocatur: finge aliquid relictum codicillis ab eo, qui liberos non habebat, deinde postumum natum: placet nihilominus legata deberi ab intestato: L. *ab intestato, D. de cod.* finge testamentum factum præterito postumo, aut liberis jam natis, quos putabat pater mortuos. Placet ad eos liberos, qui postea exsistens, sic hereditatem pertinere infirmato testamento: ut nihilominus legata eo testamento relicta debeantur: *auth. ex caussa, sup. de lib. præt. vel exh.* L. *ult.* D. *de her. inst.* quo fit, ut nihil eorum propter susceptos postea liberos revocetur. Multo ergo minus liberis post donationem donatori natis propter eos revocabitur donatio. Sive enim quæritur facultas revocandi in eo, qui legavit donavitve: hæc plena est et libera est in testatore legante; sive revocandi voluntas: multo plus tribuitur supremæ voluntati, quam viventium. L. I. *supr. de sac. ecc.* L. *vel negare, D. quem test. ap.* Quare si is, qui cum vult legatum revocare, potest, non intelligitur tamen revocare, si ei postea liberi nati sint, qui et sint heredes: multo minus existimandus est revocare donationem ob liberos postea susceptos, qui etiam si velit, id facere solus non potest.

21 Tertio † loco exstat de hac ipsa specie, quam tractamus, sententia Augustini, quam si audimus, omnis quæstio tollitur. Exstat autem in *c. ult.* 17. *q.* 4. ibi inter alia hæc verba sunt: *Quam laudabile factum sancti Aurelii Carthaginensis Episcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec speraret: res suas omnes retento sibi usufructu donavit ecclesiæ: nati sunt ei filii nec opinanti.* Agnoscimus per omnia ipsissimam speciem, de qua nunc quæritur. De jure ita subjicit: *reddidit episcopus ea, quæ ille donaverit. In potestate habebat episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Hactenus ille, quod ad hunc locum pertineat. Ait igitur in specie proposita susceptis postea a donatere liberis, non eo magis donatarium cogi reddere, eoque nec ad donatorem reverti, id, quod volumus. At quo jure? jure fori, inquit, idest, eo jure, quo in foro utuntur, idest, jure publico, legibus, constitutionibus, moribus: hæc enim sunt jura, quæ jubetur quivis judex in foro observare. *Institut. de off. jud. in princ.* Si quæritur, an hæc sententia pro jure habenda sit: non potest dubium esse apud eos, qui juri pontificio juris publici auctoritatem tribuunt, quod faciunt ii fere, qui sententiam illam vulgarem defendunt. Nam sententia Augustini superior in jus canonicum relata est. Sed tamen dicent aliter jure civili cautum, nec posse in hac re jus Pontificium juri civili derogare: ideo de jure civili hic quærendum esse. Agnosco vere dici, ac volo etiam sententiam Augustini in hac re sic accipi, ut sit tantum privati hominis sententia, quæ ipsa per se pro jure non valeat. At certe illud tenebimus, saltem haberi eam debere pro idoneo et vero testimonio, quo ille testatur jure civili, et publico non revocari donationem donatori extraneo ob liberos ab eo postea susceptos, quanvis tunc, cum donabat, nullos habuerit, nec sperarit. Nam Augustinus etiam juris doctrina eruditus fuit, ut multa ejus scripta judicant. Sed eo non movetur. Esto, non fuerit ille jurisconsultus: at quod inter omnes doctos et pios convenit, vir fuit præter eximiam doctrinam, summa tum pietate, tum prudentia præditus: fecit pietas, ut nollet mentiri: prudentia, ut nollet temere affirmare; quod nesciret, quod est summæ stultitiæ. Hinc intelligi volumus, Augustinum, cum superius illud scripsit, aut ipsum per se cognovisse, ita jus esse; aut si jus non didicerat: Jurisconsultos sui temporis eruditos consuluisse, a quibus intelligeret, quid de ea re in foro servaretur, atque id jus pro certo accepisse. Quæ res declarat fuisse hanc illius temporis Jurisconsultorum receptam sententiam. Ex qua etiam intelligimus statuisse eos donationem propter liberos postea susceptos non tantum non revocari jure alio quovis communi; sed nec *L. si unquam*, de qua præcipue quæritur: siquidem ea jam multo ante edita tum in usu erat. Est enim lex Constantii. Augustinus autem vixit temporibus Theodosii prioris et posterioris, qui longo post tempore secuti sunt Constantium. Quæ cum ita sint: res, mihi dubitationem habere non videtur, quin in donatore extraneo, qui liberos non habens donavit, non revocetur donatio propter liberos postea susceptos: præterquam sit inofficiosa donatio, de qua postea nonnihil dicemus.

Reliquum est, ut quæ contra afferuntur ad defensionem vulgaris illius sententiæ, cognoscamus: de quibus jam dicam, et sigillatim respondebo. Et primum ac præcipuum firmamentum ejus sententiæ illis positum est in

in hac L. *si unquam*, qua et id ipsum statim volunt. Atqui jam ante satis ostendimus non modo id ex verbis non colligi, sed etiam
22 verba aperte reclamare. Et † de verbis non negant id verbis non exprimi, quod et ipsum negari non potest. Est enim lex nominatim scripta de patrono donatore, et libertis donatariis. Sed dicunt effici legis sententia. Sententiam enim intelligi ex ratione legis: hanc autem eandem esse in extraneis donatoribus et donatariis, quæ in patrono donatore et donatariis libertis. Porro in quibus caussis eadem ratio est, in his etiam jus idem statui debere; quia lex id senserit, L. *illud*, *D. ad L. Aquil.* De hac vero ratione et collectione duo respondemus: primum verum non esse eandem esse rationem legis in extraneis donatoribus et donatariis, quæ in patrono et libertis; deinde ut esset eadem, tamen valde errari, cum quod patrono singulari jure hic tribuitur, transfertur et producitur ad alios casus, quanvis similes. Primum hoc fatemur, communia hæc esse patrono cum extraneo donatore in specie proposita, quod tam extranei donatores, quam patronus donare possunt liberos non habentes, et postea suscipere liberos. Sed hoc dissimile est, quod in donatione patroni donator est patronus, donatarius libertus, in donatione extranei, uterque extraneus, et qui donat, et qui accipit. Non est vero eadem conditio istarum personarum; ne ratio quidem in his eadem, sed longe diversa: non dico aliis in rebus, sed in ea ipsa, de qua agitur.

Extraneus quidem donator liberos non habens si donet, existimari potest hoc animo esse, ut liberis susceptis, si forte suscipiat, redeat donatum, non minus, quam patronus donator; quia ambo sunt patres: proinde paterno, idest, eodem affectu erga liberos. Sed inter donatarios hoc interest, quod libertus a patrono accipiens, videtur eadem lege accipere, qua patronus pro affectu donare intelligebatur: nimirum ut natis postea patrono liberis reddat donata: quod de extraneo donatario dici non potest, atque hic constitit differentiæ ratio manifesta. Ut libertus donatarius videatur eadem mente esse, qua patronus in donatis reddendis, facit conditio personæ duabus de caussis. Primum libertus propter beneficium manumissionis omnem honorem debet patrono; nec tantum patrono, sed ejus liberis. L. *si quis a lib.* §. *utrum D. de agn. lib.* Huic honori convenit, ut patrono desideranti velit libertus præstare omnia, quæ potest sine damno suo, alioqui ingratus futurus. arg. in *L. ingratus*, D. *de jur. pat.* At desiderante patrono donata ad se redire, potest libertus ea reddere sine damno suo: nihil enim hic de patrimonio suo diminuit, qui accepta reddit. Tum autem præter honorem etiam bona ipsa sua propria debet libertus patrono, cum lex exigit. Nam patronum egentem alere debet de suo: debet et liberos patroni egentes. *d.* L. *si quis a liberis*, §. *solent*, *et* §. *utrum*, *de ag. lib.* Item et moriens libertus bona sua relinquere debet patrono certis conditionibus. Etiam intestati bona ad patronum, ejusque liberos certis item conditionibus redeunt. §. *sed nostra*, *Inst. de suc. lib.* Quia sua propria patrono largiri debet, cum opus est, non mirum, si reddere debet ea, quæ sunt profecta a patrono, cum res postulat, et voluntas patroni: quod fit, cum patronus liberos non habens donavit, et postea liberos suscipit. Nihil simile est in donatariis extraneis, qui neque honorem donatori extraneo debent, qualem liberti patrono; et multo minus illi debent bona, quem neque egentem alere necesse habent, neque morientes heredem facere. Perspicuum est igitur non esse in his eandem rationem, quæ ut liberto suadeat eos donata reddere debere donatori extraneo, quanvis liberis postea a donatore susceptis.

Sed † concedamus eandem rationem esse 23
in omnibus qui donant liberos non habentes, et qui ab his accipiunt; tamen ratio juris prohibet, quominus quod hic patrono tribuitur, transferatur ad alios, etiam in quibus par videri possit caussa. Certi juris regula est, quod contra juris rationem receptum est, non esse producendum ad consequentias. *L. quod vero*, D. *de legib.* L. *quod contra*, D. *de reg. jur. c. quæ a jure*, *ext. de reg. jur.* Cujus hæc sententia est, quæ constituta a jure communi recedunt (sic enim explicatur in *d. c. quæ a jure*,) ea non sic esse producenda ad alios casus: ut dicamus, quia proponuntur ii casus, in quibus forte eadem ratio sit, ideo consequens esse: ut in his idem admittatur. At beneficium, quod hic tribuitur patrono, est hujus generis, atque adeo bis singulare jus habet: constitutum adversus manifestam rationem et formam juris communis. Illud primum, quod conceditur revocatio donationis saltem ob id, quod donator postea liberos susceperit: constitutum adversus certas juris sententias, quibus efficitur, quæ recte ab initio gesta sunt, et præsertim quæ duorum consensu constant, non infirmari ullo eventu invito adversario,

quem-

quemcumque in casum reciderint, ut supra ostendimus. Et maxime id receptum est in donatione, cum donationi nulla conditio repetendi adjecta est. L. *si repetendi*, *sup. de cond. ob caus.* Præterea et illud singulare in hoc beneficio, quod placet donatum redire ad donatorem ipso jure: quo continetur, ut et recedat dominium rerum donatarum ab invito donatario sine facto ejus, et transeat ad donatorem sine traditione. Utrumque adversus regulas certi juris: prius adversus L. *id quod nostrum*, D. *de reg. jur.* posterius adversus L. *traditionibus*, *supra*, *de pact.* Quæ cum ita se habeant cum in verbis, tum in ratione ac sententia L. *si unquam*: erepta est, ni fallor, omnibus facultas superiorem sententiam ex ea lege defendendi.

Sequitur alterum argumentum ejus sententiæ sumptum ex *L. si totis*, *sup. de inoff. don.* ubi proponitur pater omnia bona sua contulisse in filios emancipatos, quos jam tum habebat: cumque illi postea nati essent alii filii, vel nepotes: placet donationem revocari, ut qui postea nati sunt, debitum bonorum subsidium, idest, legitimam consequantur. Sed hoc dictum est de inofficiosa donatione quod ad revocationem *L. si unquam*, nihil pertinet. Et ideo illic revocatur donatio, quanvis is, qui donabat, liberos tum habuerit, et revocatur usque ad legitimam dumtaxat. Quorum utrumque in beneficio *L. si unquam* contra fit: nam et hic cessat revocatio, si quis liberos habens donavit; et cum revocationi locus est, revocatur totum, quod donatum est, non pars tantum. Quod eo pertinet: ut si donatio erit inofficiosa, semper revocetur ex caussa ad legitimam liberorum. Est autem inofficiosa, quæ nec legitimam patrimonii relinquit liberis: quod fit, cum olim excedebat dodrantem debitæ ab intestato portionis, nunc bessem, aut semissem pro numero liberorum. Hunc modum, inquam, cum donatio excedit, quatenus excedit, revocari potest a liberis: quisquis erit, qui accepit, sive libertus, sive extraneus: nec intererit liberos habuerit donator, cum donabat, an non habuerit: ac ne illud quidem, quinam sint liberi, an qui tempore donationis jam nati erant, an qui sunt nati postea. Quod si donatio consistet intra eum modum, eoque inofficiosa non erit, ut jam una sit revocandi caussa in liberis; non revocabitur ex *L. si unquam*, ne propter liberos quidem postea susceptos, si donator erit extraneus, sive is jam ante habuerit liberos, sive tum non habens postea susceperit.

Non sunt hæc contraria. Nam † inter revocationem ex hac lege, et revocationem inofficiosæ donationis multum interest in omnes partes, sive caussa revocationis spectetur, sive ipsius revocationis jus et conditio. Caussa revocationis longe dissimilis, eaque dupliciter. Nam ex L. *si unquam*, quanvis non sit inofficiosa donatio: revocatur tamen ob liberos postea susceptos, dum is qui donavit, non habuerit liberos, cum donabat: nec refet, quantam partem bonorum suorum donaverit, magnamne, an minimam. Ex caussa inofficiosæ donationis revocatio nulla est, ut apparet, nisi prius inofficiosam posueris. Item ex L. *si unquam*, ita est revocatio donati ob liberos postea susceptos, si donator tum, cum donabat, liberos non habuerit: quod si habuit, neque propter jam natos revocatur, neque propter eos, qui postea nati sunt. Inofficiosa autem donatio patris ut liberos omnes offendit, eorumque caussa constituta est: ita revocatur propter omnes liberos sive qui jam tum, cum donabatur, nati erant, sive qui postea nati fuerint. 24

Revocationes † autem ipsæ ex his caussis, multo pluribus rebus inter se dissident. Ex L. *si unquam*; donator ipse revocat donationem: inofficiosam donationem patris soli liberi. Ex L. *si unquam*, si donator revocat: nempe revocatur donatio eo vivo, non enim revocat quisquam, nisi vivus. Inofficiosam donationem revocant liberi mortuo tantum patre donatore ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, cui per omnia similis est querela inofficiosæ donationis. L. *ult. sup. de inoff. don.* Ex L. *si unquam*, totum aufertur, quod donatum est. Inofficiose donatum eatenus, quatenus inofficiosa donatio collata sit, in filiumne donatoris, an in extraneum. Nam nec adversus extraneum revocatur latius, sed in hac re liberi et extranei donatarii comparantur in L. 1. *supra*, *eod.* Postremo ex L. *si unquam*, revocatur donatio ipso jure: idest, ita, ut statim post liberos susceptos donata redeant ad donatorem. Inofficiosa donatio non item donata adjicit liberis; sed duntaxat proposita querela ad exemplum querelæ inofficiosi L. 2. L. *cum donationib.* L. *pen. et ult. sup. de inoffic. donat.* Huic autem renuntiare possunt: possunt et decedere ante, quam querelam moveant: quibus casibus non transmittitur querela ad heredes, eoque nec revocatio donationis, de quibus dicendum est alias pluribus. Quæ cum tam multa, tamque dissimilia insint in his revocationibus, 25
et

et quidem ex jure certo: si qui sunt, qui eas comparent ut quod de una dicitur, transferant ad alteram, hi comparant inter se res dissimilimas, et manifesti juris imperitia labuntur.

26 Quæret † ergo aliquis, unde sit dissimilitudo istarum rerum, quæ unam caussam communem habere videntur, nempe donatoris liberos. Differentiæ ratio hæc est, quod qui donat liberos non habens, hac mente est, ut sibi consulat, idest, ut sibi donatum reddatur, si postea liberos susceperit. Hanc cogitationem si lex confirmat, ut fit in patrono donatore, consulit lex donatori, non liberis: nisi quatenus per patrem donatorem etiam ad ipsos eædem res rediture sint. Ideo solum hic quod utile sit, et conveniat donatoris voluntati, considerandum fuit. Illud autem in primis exigendum, ut tunc donaverit, cum liberos non haberet: quo scilicet intelligatur, si haberet, daturum non fuisset: eoque et his susceptis donatum nolle. Inofficiosa autem donatio quæ sciente patre fraudat liberos legitima portione, fit et manet etiam secundum voluntatem patris, ac soli liberi hic injuria afficiuntur. Quocirca non fuit hic revocatio donatori danda, qui sibi consultum noluit, sed fuit consulendum liberis fraudatis, et consulendum, quatenus sunt fraudati, nec dissimiliter, quam si testamento illis quarta relicta non esset.

Tertium argumentum vulgaris sententiæ, et quo maxime ductus videtur Accursius ad L. *si unquam* (nam hanc rationem solam reddit, ut eandem revocationem tribueret extraneo donatori, quæ illic tribuitur patrono) est illa ratio, qua usus est Justinianus in testatore, in *L. cum acutissimi*, *in fin. supr. de fideic.* non videri scilicet testatorem alienas successiones propriis anteponere. Ex ea enim colligitur id, quod responsum est a Papiniano in L. *cum avus*, *D. de cond. et dem.* et confirmatum ac productum longius in *d.* L. *cum acutissimi*, si testator filio suo herede instituto, rogaverit eum, ut post mortem suam restitueret hereditatem exstraneo: videri fideicommissum relictum sub conditione, si filius sine liberis decesserit, ac liberis postea natis deficere fideicommissum. Hinc effici volunt, et si quis quid inter vivos donaverit extraneo, eadem ista ratione videri eum velle donatum manere hac conditione, si liberos non susceperit: proinde his natis postea donationem revocari. Sed vitiose admodum id colligitur. Primum, quia superior ratio et sententia pertinet ad successionem et hereditatem defuncti; ad legata ab eo relicta revocanda non pertinet. Tum autem, ut pertineret etiam ad legata: et supremas omnes voluntates; tamen ad donationes transferri non debet, nec potest. Ad successionem et hereditatem a defuncto ipso relictam fateor pertinere, fitque hoc modo. Nam si testator liberos non habens instituat extraneum heredem postumo præterito, deinde liberis postea natis decedat: testamento, quod ad successionem attinet, evanescente liberi sunt heredes scripto herede excluso. *auth. ex caussa*, *supra*, *de lib. præt. vel exh.* Idemque est, si testator existimans filium mortuum, quem habebat, extraneum heredem instituerit, deinde exsistat filius, qui vindicet hereditatem, *d.* L. *ult.* D. *de her. instit.*

At † hoc non item pertinet ad legata a testatore relicta. Nam si testator liberos non habens, legata aut fideicommissa reliquerit vel testamento, vel codicillis, quanvis postea nati sint illi liberi: non eo tamen magis legata revocantur, sed debentur ab heredibus legitimis, etiam rescisso propter liberos testamento, *d. auth. ex caussa*, *d.* L. *ult. de her. inst.* L. *ab intestato. D. de her. jur. eod.* Neque offendemur superiore illa sententia, non videri testatorem alienas successiones suis anteponere. Non enim hic in successione defuncti anteponuntur extranei et alieni liberis, sed liberi omnibus: cum et hic defuncti patris sint successores, exclusis scriptis, iisque alienis heredibus. Quod si ob liberos a testatore susceptos non revocantur legata ante ab eo relicta, nec quominus id dicamus, superiore ratione impedimur: multo minus ob eandem illam rationem revocabitur donatio liberis a donatore postea susceptis: cum ut ante dixi, legata sola voluntate testatoris constent; donatio duorum consensu: et ut non nisi horum consensu perfici potest, sic nec nisi utriusque consensu resolvi. L. *sicut*, *sup. de obl. et act.* Sed amplius dicimus, etsi maxime ex superiore ratione et hereditates et legata a testatore relicta revocarentur liberis postea natis testatori: tamen non recte transfertur hoc jus ad donationes inter vivos factas. Quamquam enim qui donat inter vivos, eodem animo est, quo testator: ut scilicet velit, si sibi nascantur liberi postea, donatum ad se redire: non est hoc tamen satis ad revocationem: exigitur amplius et in testatore, et in donatore, ut quod voluit, etiam potuerit jure: idest, ut in eo quod voluit, rata sit ejus voluntas. Atqui hoc testatori concessum est; donatori nequaquam: uti quisque 27

le-

legassit rei suæ, ita jus esse jubetur legibus. L. *verbis*, D. *de verb. sig.* unde ut legata valent sola voluntate testatoris: ita et sola ejus voluntate licet tacita revocantur. *L.* 3. §. *ult.* L. 4. *D. de adim. leg.* Non eadem potestas est donatoris revocandis donationibus. Non perficitur quidem donatio ab initio, nisi voluntate ejus. At semel perfecta non potest ab eo ex pœnitentia revocari, ut ante ostendimus: L. *cum ancillam*, L. *si repetendi*, *sup. de cond. ob caus.* L. 5. L. 6. *sup. de revoc. don.* quippe quæ ut modo dixi, perfecta sit duorum consensu: quo fit, ut non possit, nisi utriusque consensu ab ea recedi, *d.* L. *sicut*, *sup. de obl. et act.* L. *ab emptione*, *D. de pact.* Una exceptio communis hæc est; nisi quis donaverit ob caussam, et caussa secuta non sit. Sed hanc nominatim adjici oportet, quam si quis apud se cogitat, et sequi vult, neque aperte in donando adjicit: placet nihil ei prodesse; et quanvis nihil ejusmodi secutum fuerit, quale sperabat: nihilominus manere integram donationem, ut jam diximus diserte scriptum esse in L. *si repetendi*, *sup. de cond. ob caus.* Nihil igitur superior illa ratio *L. cum acutissimi*, ad rem pertinet, si de legatis a testatore relictis propter liberos postea ei natos revocandis agitur: multoque minus, si agitur de donationibus propter liberos a testatore susceptos revocandis. Et vero nec de institutione ipsa testatoris, qua heredem sibi instituat, quæque revocetur liberis postea illi natis, species illic proponitur: ut nihil relinquatur ex eo loco, quod pertineat ad donationem ab eo, qui donavit, revocandam propter liberos ab ipso postea susceptos.

Plane sic potest revocationi et legatorum et donationis locus esse, si in his ea concurrant, de quibus in fideicommisso restituendæ hereditatis comprehensum est in dicta L. *cum acutissimi*, *de fideicom. et* L. *cum avus*, *D. de cond. et dem.*

28 In † legatis quidem hoc modo: si proponas testatorem quid legasse filio, et rogasse eum, ut post mortem id restitueret Titio. Tum enim recte dixerimus in fideicommisso, quod hic datur Titio, inesse conditionem tacitam, si filius, qui rogatus est restituere, decesserit sine liberis: itaque nullis liberis relictis deberi fideicommissum: his relictis fideicommissum nec datum videri, sed transire ad filii liberos. Conjectura voluntaria non obscura ex eo, quod filium rogando ut tantum post mortem suam legatum restituat, perspicuum sit, voluisse eum legatum non aliter a filio recedere, et transire ad extraneum, quam si filius esse desiisset. Atqui is in filiis perpetuo vivere intelligitur, et certum eos filios, qui testatori sunt nepotes, non minus imo magis avo dilectos et charos fuisse, L. *liberorum*, *D. de verb. sig.*

Quare qui voluit legatum perpetuo apud filium manere, is utique voluit manere et apud filios ejus suos nepotes, ut sic videatur semper mansisse apud filium in ejus liberis; et maxime, si res in contentionem veniat cum extraneo, ut quærendum sit, qui in legato avi præferendi sint, nepotesne defuncti, an extraneus. In qua contentione semper vincet ratio, non videri avum alienos successores suis liberis prætulisse, juxta rationem *d. L. acutissimi.* Extraneo si leget testator, et roget eum post mortem suam restituere Titio: nihil caussæ dici potest, cui post mortem legatarii fideicommissum non debeatur, etiamsi ille decesserit relictis liberis: quia non minus hi liberi testatori extranei sunt, quam Titius: ut nihil sit in his, cur propter eos velit testator legatum ademptum Titio, et ad istos potius transire. Sed etsi filio legans pater, roget eum legatum restituere Titio statim, aut post certum tempus: quanvis liberos suscipiat postea, et habeat die fideicommissi cedente: Papiniani et Justiniani sententia est, eum cogi omni modo restituere, qui de eo filio tantum loquuntur, qui jussus est post mortem suam restituere hereditatem. *d. L. cum avus*, *de cond. et dem. d.* L. *cum acutissimi*, *supr. de fideicom.* Idque ratione ipsa Justiniani efficitur: non enim dicendus est pater in ea restitutione videri alienum suo successori anteposuisse, cum filium in eo sive legato, sive hereditate perpetuo successorem esse noluit, translata ad alium hereditate, aut legato per fideicommissum. Quod si illa concurrent, ut et filio legatum sit datum, et idem rogatus restituere post mortem suam: tum recte defendemus idem probandum esse, quod ante diximus, id ipsum quod juris esse dicitur in supra scriptis locis, cum filius heres institutus est, et rogatus post mortem suam restituere hereditatem. Quo † 29
exemplo idem jus et in donatione inter vivos admittere possumus, ut si pater inter vivos filio emancipato quid donaverit ea lege, ut id post mortem suam restitueret Titio: tum filio decedente sine liberis, sit Titio utilis actio ad petendum donatum, ut esse in hac specie placet in L. *quoties*, *sup. de don. quæ sub mod.* sin decedat filius relictis liberis, nihil debeatur Titio, sed donatum apud liberos filii donatarii maneat: eadem

illa

illa ratione videlicet, ut qui filium suum id donatum perpetuo habere, dum vixit, voluit, velit etiam eum habere in filiis suis, si quos post se relinquet, in quorum persona, et ipse vivere intelligitur, præsertim cum et hi filii sint donatori liberi: charitas autem avi in nepotes suadeat ita existimare, avum magis consultum voluisse nepotibus suis, quam extraneo: confirmaturque conjectura ex eo, quod prius eodem isto animo fuit in filium in hac ipsa donatione, neque vero plus dilexit filium, quam nepotes. Sed recte hæc dicuntur in donatione futura, et pendente, quæ filio mortuo donatum adimens collata est in extraneum, qualis est ea, quam modo proposuimus. Hæc quia nondum perfecta est, sed pendet, donec filius vivit, voluntate donatoris impediri potest, ne impleatur, et ad hoc solius ejus voluntas sufficit, neque consensum Titii exigimus. Quæ enim duorum consensu geruntur, non perficiuntur, nisi consensus utriusque concurrat. L. *in omnibus*, *D. de obl. et act.* At ubi donator ipse vivus donavit, et perfecit donationem, quæ species est, de qua agimus: sciamus nihil prodesse donatori cogitationem et voluntatem de revocanda donatione, si liberos postea susceperit. Nisi hanc conditionem adjecerit, donatio perfecta est: perfecta non potest revocari invito adversario. *d. L. si repetendi*, *supr. de cond. ob caus.* Hactenus ergo constat nihil adferri ex jure civili, quo vulgaris superior sententia, vel te-
30 nuiter defendi possit. Sed † hujus juris defensione erepta, moveri possunt piæ mentes saltem sententia illa superiore Augustini, de qua etiam quarto loco nonnihil dicendum est. Scribit ille, ut supra retulimus, liberis in specie proposita postea natis donatarium non cogi reddere donata jure fori, idest, jure publico et legibus, at cogi reddere jure poli. Opinor, polum dici id, quod scriptura sacra vocat regnum cœlorum, quo verbo intelligitur nonnunquam aut Ecclesia, in qua Deus regnat, aut doctrina cœlestis, per quam Deus regnat in Ecclesia, sic accipitur aliquoties *Matth.* 13. Itaque hæc sententia erit Augustini: re donata ab eo, qui liberos non habebat, si is postea susceperit liberos, cogi donatarium jure divino et mandato Dei donata reddere. Omnes autem mandato Dei parere debent. Et quod Augustinus dicit, hæc in proposito non necesse esse reddi jure publico, recte dicit: idque inde nobis liquet, quia probatur manifestis sententiis juris civilis: et in primis *L. si unquam*: quæ beneficium singulare patrono tribuens cæteros donatores excludit. Quod autem dicit jure divino cogi donatarium reddere, recte fecisset, si addidisset probationem ex verbo Dei.

Sed † tamen defendi potest. Augustinum 31
etiam in hac re recte dicere; sed in persona Ecclesiæ, de qua loquitur, ut constat ex toto illo *c. ult.* 17. *quæst.* 4. ubi refertur illius sententia: et magis ex *sermone* 52. *ad populum Hipponensem*, unde illud fragmentum transsumptum est. Longe alia est persona Ecclesiæ, quæ donatum accipit, alia privatorum. Licet privatis etiam ex verbo Dei sua tueri, et quod recte acceptum sit, ubi nulla sit conditio reddendi jure cognita, id retinere. Non idem licet Ecclesiæ in rebus ab eo acceptis, qui liberos non habens donavit, ac postea liberos suscepit. Nam ecclesia est mater omnium nostrum; quæ etiam de suo debet egentes alere, ut est officium parentum. Multo magis igitur si quid donatum acceperit Ecclesia ab eo, qui liberos non habebat, cui nati sunt postea liberi: id debebit reddere, ut inde filii alantur; sed et eo magis, quod parentum bona quodammodo sunt filiorum. *L. ult.* D. *de bon. dam.* quibus proinde ea reddi æquum et honestum videtur. Loquitur igitur Augustinus de jure proprio Ecclesiæ, quod ad privatos donatores non pertinet. Idque cum ex aliis plerisque ejus sententiis intelligi potest, quæ sunt in eo sermone, quem dixi; tum maxime ex his duabus. Primum, si pater filio suo justis de caussis exheredato, instituerit extraneum heredem: nemo, opinor, non fatebitur licere huic privato etiam ex verbo Dei retinere eam hereditatem, quæ meritis de caussis indigno filio ablata est. At si idem exheredato filio fecerit heredem Ecclesiam, negat eo loco Augustinus Ecclesiam suscipere debere hereditatem; ut et refertur in *dict. c. ul.* 17. *q.* 4. Idem in eodem sermone scribit ad hanc sententiam: si qui compilarint navem, aut in caussa fuerint, ut periret navis, et naufragium faceret: eos magister navis fluctibus ejectos traderet magistratui, ut de submersione navis quæreretur, et torquerentur a judice, qui essent de fluctibus liberati. *Sed non eos daremus*, inquit: *nullo enim pacto hoc facere deceret Ecclesiam.* Apparet igitur loqui Augustinum de eo, quod decet, valetque ad bonam famam, decet tamen Ecclesiam, non etiam convenit personæ cujusque privati. Quibus ita constitutis tam duæ ad confirmationem veræ sententiæ valent, quam quæ pertinent ad confutationem contrariæ; non dubitabimus statue-

tuere in summa id, quod supra disseruimus pluribus; nullo jure civili, aut Pontificio donationem inter vivos nulla addita caussa donandi recte perfectam, revocari ideo, quod donator, cum liberos non habens donasset, liberos postea susceperit: præterquam in patrono donatore, cujus hoc proprium beneficium est, illis conditionibus, quasi dixi, ex *L. si unquam*, *de revoc. don.*

F I N I S.